

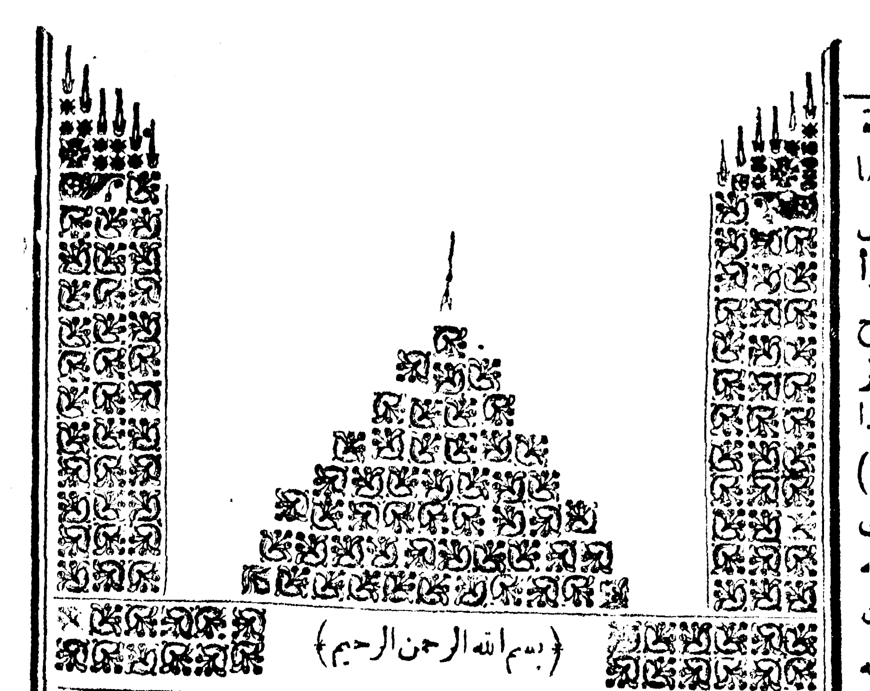
فهرست الجزء الثانى من كتاب درر الحكام فى شرح غرر الاحكام

(تمت)

١١٥٨

الجزء الثاني من كتاب درر الحكام في شرح غرر
الاحكام تأليف العلامة المحقق والفهامة
المدقق مولانا القاضي الشهير
بمنلا خسرو الحنفي تغمده الله
برحمته واسكنه فسيح
جنته ونفعنا به
آمين

(وبهامشه حاشية العلامة أبي الاخلاص حسن بن عمار بن)
(علي الوفائي الشرنبلالي الحنفي نفعنا الله به آمين)



كتاب العتاق

العتق والعتاق لغة القوة مطلقا وشرعا قوة حكمية تظهر في حق الآدمي بانقطاع حق الاغيار عنه (والاعتاق) لغة اثبات القوة مطلقا وشرعا (اثبات القوة الشرعية) التي يصير بها المعتق أهلا للشهادات والولايات قادرا على التصرف في الاغيار وعلى دفع تصرف الاغيار عن نفسه لا مطلقا وبل (بازالة الملك) الذي هو ضعف حكمي كالقوة الحقيقية التي تحصل في البدن بزوال ضعف حقيقي وهو المرض (أو ازالة الملك مطلقا) أي غير مقيد بكونه مالكه وحاصله جعله غير مملوك لاحد فيخرج به البيع والهبة اذ فيهما جعل مملوكه مملوكا لغيره ويلزمه اثبات القوة الشرعية وسيأتي تحقيقه ان شاء الله تعالى (ويصح) أي الاعتاق (من حر) لكون أهلا للملك لان المملوك لا يملك وان ملك ولا عتق الا في الملك (مكلف) أي عاقل بالغ اما الاول فلان الجنون ينافي اهلية التصرف ولهذا لو قال العاقل البالغ اعتقت وانا صبي أو مجنون وجنونه كان ظاهرا كان القول له لاسناده التصرف الى حالة منافية له وأما الثاني فلانه أي الاعتاق ضرر ظاهرا ولهذا لا يملكه الوصي والولي عليه والصبي ليس بأهل للضار المحض بخلاف النافع المحض والمتردد بينهما حيث يكون أهلا للاول قبل الاذن وللثاني بعده (في ملكه) حال من ضمير يصح وانما اشترط ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (ولو بالاضافة اليه) أي يصح الاعتاق ولو كان باضافته الى الملك كان يقول لعبد غيره ان ملكتك فهو حر حيث يعتق اذا ملكه وقد مر مثله في الطلاق (بصريحه) أي بصريح الاعتاق بأن كان مستعملا فيه وضعا وشرعا متعلق بيصح (بلا نية) لانها انما تشترط اذا اشتبه مراد المتكلم واذ لا اشتباه فلا نية وذلك (كانت حر أو عتيق أو معتق أو محرر أو حررتك أو اعتقتك أو ما أنت الا حر) لان كلامه مشتمل على النفي والاثبات وهو آكد من مجرد الاثبات بدليل كلمة الشهادة

وبمجرد

كتاب العتاق

(قوله والاعتاق شرعا اثبات القوة الشرعية) هذا التعريف على مذهبهما وعند الامام الاعتاق اثبات الفعل المفضي الى حصول العتق فلهذا يتجزأ عنده لا عندهما كما في البرهان وشرح العيني على أن المصنف رحمه الله ذكر فيما يأتي في باب عتق البعض ان هذا التعريف غير مسلم (قوله لا مطلقا) تعلقه باثبات القوة الشرعية لا يستثنى منه خروج فرد مما يقدر عليه الحر فلا يتجه نفي الاطلاق وقوله بل بازالة الملك لا وجه للاضراب على ما سبق (قوله بازالة الملك الذي هو ضعف حكمي) فيه نظر لان الضعف الحكمي انما هو الرق الذي هو سبب الملك على انه ذكره في عتق البعض بقوله واثباتها أي القوة الحكمية بازالة ضدها الذي هو الرق (قوله وازالة الملك) ذكره شرحا وتوطئة لقوله مطلقا والا فهو مستغنى عنه بقوله قبله بازالة الملك (قوله أي غير مقيد بكونه مالكه) بفتح الميم وتشديد اللام وفتح الكاف (قوله ويلزمه) أي يلزم ازالة الملك مطلقا اثبات القوة الشرعية (قوله حيث يكون أهلا للاول قبل الاذن الخ) المراد بالاول النافع المحض كالهبة وبالثاني المتردد كالبيع (قوله أو أعتقتك) كذا اعتقك الله على الاصح والعتاق عليك وعتقك علي ولو زاد واجب لم يعتق لجواز وجوبه بكفارة أو نذر كما في الفتح (قوله ما أنت الا حر الخ) قال الكمال هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ في الاصول وقد بيناه في الاصول وانه لا ينافي قولهم الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا اه

(قوله أو هذا مولاي أو يا مولاي) ليس من الصريح بل ملحق به أي بالصريح كما في التبيين (قوله أو يا حر أو يا عتيق الخ)

وبمجرد الوصف بالحرية يعتق فاذا أكده كان أولى أن يعتق (أو هذا مولاي أو يا مولاي) فان لفظ المولى مشترك أحد معانيه المعتق وفي العبد لا يليق الا هذا المعنى فيعتق بلا نية (أو يا حر أو يا عتيق) فان لفظ الاخبار جعل انشاء في التصرفات الشرعية دفعا للحاجة كما في النكاح والطلاق والبيع ونحوها فان تصحيح كلام العاقل بقدر الامكان واجب ولا وجه له الا بتقديم ثبوت العتق ونحوه في المحل ليتحقق منه هذا الاخبار فان قال أردت الكذب أو حريته من العمل صدق ديانة للاحتمال لا قضاء والنداء لاستحضار المنادى فاذا ناداه بوصف يملك انشاءه كان تحقيقا لذلك الوصف (الا اذا سماه به) أي سمى عبده بالحر أو العتيق فحينئذ لا يعتق لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه به (ثم) أي بعد ما سماه به (اذا نادى بالعجمية) وقال يا آزاد وقد سماه بالحر (أو عكس) بأن سماه يا آزاد ونادى بيا حر (عتق) لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف (كذا رأسك حر ونحوه مما يعبر به عن البدن) أي وجهك أو رقبتك أو قال لأمته فرجك فان هذه الالفاظ مما يعبر به عن البدن وقد مر في الطلاق وان أضافه الى جزء شائع كالنصف والثلث ونحوهما يقع في ذلك الجزء وسيأتي الخلاف فيما وراءه في الباب الذي يلي هذا (و) بقوله لعبده (وهبت لك نفسك أو بعت منك نفسك عتق وان لم يقبل) العبد البيع والهبة (ولم ينو) المولى الاعتاق لان بيع نفس العبد منه اعتاق وكذلك الهبة (ولو زاد بكذا لم يعتق ما لم يقبل) كذا في الفصول العمادية (و) بكنايته عطف على بصريحه (ان نوى) ازالة للاشتباه والاحتمال (كلا ملك لي عليك أو لا رق أو لا سبيل وخرجت من ملكي وخليت سبيلك) لانه يحتمل نفي هذه الاشياء بالبيع أو الكتابة كما يحتمله بالعتق واذا نواه تعين ولو قال لعبده اذهب حيث شئت أو توجه أينما شئت من بلاد الله تعالى لا يعتق وان نوى لانه لا ينفي زوال اليد فلا يدل على العتق كما في المكاتب كذا في غاية البيان (وكقوله لأمته قد أطلقتك) بنية الاعتاق تعتق اذ قال أطلقه من السجن اذا خلى سبيله فهو كقوله خليت سبيلك (لا بطلقتك وانت طالق) لما سبق في أوائل كتاب الطلاق ان الطلاق يقع بلفظ العتق بلا عكس فان ازالة ملك الرقبة يستلزم ازالة ملك المنفعة بلا عكس (ولا بكنايات الطلاق وان نوى) لهذا الوجه (كذا) أي لا يعتق أيضا بقوله (يا ابني ويا ابن) بضم النون وان نوى (ويا بنتي ويا بنية ويا أخي ويا سيدي ويا مالكي) لان النداء كما عرفت لاستحضار المنادى فان ناداه بوصف يملك انشاءه كالحرية كان تحقيقا لذلك الوصف وان لم يملك انشاءه كان للاعلام المجرد لا لتحقيق الوصف لتعذره وهذه الاوصاف من هذا القبيل (و) (لا) بقوله (لا سلطان لي عليك) وان نوى لان السلطان هو الحجة قال الله تعالى أو ليأتيني بسلطان مبين أي بحجة ويذكر ويراد به اليد والاستيلاء سمي السلطان به لقيام يده واستيلائه فصار كانه قال لا حجة لي عليك ولو نص عليه لم يعتق وان نوى فكذا هذا (و) (لا) بقوله (أنت مثل الحر) لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض الاوصاف عرفا فوقع الشك في الحرية فلا تثبت (بخلاف) ما اذا قال (هذا ابني) للأكبر سنا منه أو

قال الكمال أما النداء فالتصريح فيه لا يثبت وضعا بل اقتضاء (قوله فان لفظ الاخبار) تعليل لقوله كانت حرا وكان ينبغي ذكره عقبه (قوله فان تصحيح كلام العاقل الخ) ظاهره انه تعليل لما قبله وفيه نظر فينبغي قطعه عنه بأن يقال ولان تصحيح كلام العاقل (قوله وبقوله وهبت لك نفسك أو بعت) ملحق بالصريح (قوله عتق وان لم يقبل) قال الكمال ولا يرتد بالرد (قوله ولا بكنايات الطلاق وان نوى) شامل لجميع ألفاظها كما صرح به الكمال والزيلعي وقاضيخان حتى لو قال اختاري فاختارت نفسها ونوى العتق لا تعتق اهـ الا انه استثنى منها في النهر نقلا عن البدائع أمرك بيدك واختاري فانه يقع بالنية اهـ والاستثناء منقطع لان أمرك بيدك واختاري من كنايات التفويض لا من كنايات الطلاق اهـ وفيها قال لها أمر عتقك بيدك أو جعلت عتقك في يدك أو قال لها اختاري العتق أو خيرتك في عتقك أو في العتق لا يحتاج الى النية لانه صريح لكن لا بد من اختيار العتق في المجلس لانه تمليك اهـ (قوله كذا يا ابني) قال في تحفة الفقهاء هذا اذا لم ينوه اهـ وقال الكمال لو قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق لان النداء الى آخر ما علل به هنا ثم قال وعلى هذا فينبغي أن يكون محل المسئلة ما اذا كان العبد معروف النسب والا فهو مشكل اذ يجب أن يثبت النسب تصديقا لمقاله فيعتق (قوله ولا بقوله لا سلطان لي عليك وان نوى) كذا في البرهان وقيل يعتق ان نواه وليس ببعيد لتعيين النية نفي السلطان للعتق اهـ وقال الكمال فالذي يقتضيه النظر كون نفي السلطان من الكنايات

(قوله وأنت مثل الحر) هذا اذا لم ينو وان نوى عتق لما في التبيين والبرهان

الاصغر ثابت النسب) فانه يعتق بلا نية لان الاكبر به في الاول وثبوت النسب
في الثاني يمنعان ارادة المعنى الحقيقي وهو ثبوت البنوة فيصار الى المجاز ويراد ثبوت
الحرية اللازم للبنوة وفيه خلاف الامامين والشافعي (واما غير ثابته) اي غير
ثابت النسب يعني مجهول النسب (في مولده) اي وطنه الاصلي اشارة الى الخلاف
في تفسير مجهول النسب قال في القنية مجهول النسب الذي يذكر في الكتب هو
الذي لا يعرف نسبه في البلدة التي هو فيها ومختار المحققين من شراح الهداية
وغيرهم انه الذي لا يعرف نسبه في مولده ومسقط راسه بدليل الوفاق على ان
الحامل المسبية ولدها ثابت النسب فاذا ثبت نسب الحمل الخارج من دار الحرب
باعتبار كونه من النكاح لا من السفاح فلأن يثبت نسب الشخص الخارج منها
اولى فالجليب انما يكون مجهول النسب اذا لم يعرف نسبه في مولده ووطنه الاصلي
(فيعتق ويثبت نسبه جليبا) اي مجلوبا من دار الحرب (او متولدا) في دار الاسلام
قال في الكافي ولا فرق بين ان يكون جليبا او متولدا لان صحة دعوة المولى باعتبار
الملك وحاجة المملوك الى النسب وقال في الكفاية قوله جليبا انما يصح اذا كان
جليبا غير ثابت النسب في مسقط راسه اما اذا كان ثابت النسب في مولده فلا يثبت
نسبه من مولاه ولهذا قلت ههنا غير ثابته في مولده ولو قال لعبده هذا ابنتي او لامته
هذه ابني قيل هو على هذا الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان المشار اليه ليس من
جنس المسمى (كذا) اي كما يعتق بقوله هذا ابني على الخلاف يعتق بقوله (هذا
ابي او امي) بطريق المجاز كما ذكر (لا هذا اخي) حيث لا يعتق به في ظاهر الرواية
يعني اذا وجدت الابوة او الامومة في الملك كانتا موجبتين للعتق بلا واسطة
فتكون الحرية لازمة لهما فيصح المجاز بلا ذكر واسطة بخلاف الاخوة لانها
لا تكون الا بواسطة الاب او الام لانها عبارة عن المجاورة في صلب او رحم وهذه
الواسطة غير مذكورة ولا موجب لهذه الكلمة في الملك بدون هذه الواسطة فاذا لم
تذكر لغا الكلام لعدم صحة المجاز (الا اذا قال من النسب او لاب او لام) قال في
المبسوط ان اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذا ذكره مطلقا بان قال هذا اخي
فاما اذا ذكره مقيدا بان قال هذا اخي لابي او لامي فيعتق بلا تردد ولان مطلق
الاخوة مشترك وقد يراد بها الاخوة في الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة
والمشترك لا يكون حجة فاما اذا قيد بما ذكر تبين المراد * فان قيل البنوة ايضا
مشتركة بين نسب ورضاع فكيف يثبت العتق باطلاق قوله هذا ابني * قلنا مثل
هذا المجاز لا يعارض الحقيقة فاذا امتنعت يصار الى مجاز يكون بينه وبينها علاقة
وهو هذا حرفان الحرية لازمة للبنوة فيكون الانتقال من الملزوم الى اللازم (كذا)
اي كقوله هذا اخي (هذا جدي) حيث لا يعتق (الا اذا قال ابو ابي) فان هذا الكلام
لا يفيد العتق الا بواسطة اذ لا موجب له في الملك الا به كما سبق ثم لما ذكر العتق
الحاصل بالاعتاق الاختياري اراد ان يذكر مسائل العتق الحاصل بلا اختيار فقال
(من ملك) مبتدأ خبره قوله الآتي عتق عليه (ذا رحم) الرحم في الاصل وعاء الولد
في بطن امه ثم سميت القرابة من جهة الولاد رحما ومنه ذو الرحم (محرم) المحرمات

(قوله وفيه خلاف الامامين) الخلاف في
الاكبر سنا لا في الاصغر لما قال في الجوهرة
واما اذا كان يولد مثله لمثله الا انه معروف
النسب فانه يعتق اجماعا لانه اقر بما لا يستحيل
منه لانه يحتمل ان يكون مخلوقا من مائه
بشبهة او زنا اه (قوله فيعتق ويثبت
نسبه الخ) ظاهره انه يثبت النسب من
غير تصديق سواء كان صغيرا لا يعبر او
يعبر عن نفسه وهو ظاهر في الصغير واما
الكبير اذا ادعى سيده بنوته وكان يولد
مثله له او ابوته او امومته وكان يولد مثله
لهما ولا نسب له معروف فقيل لا يحتاج
الى تصديق العبد لان اقرار المالك على
مملوكه يصح من غير تصديقه وقيل
يشترط تصديقه فيما سوى دعوة البنوة
لان فيه حمل النسب على الغير كما في
التبيين ولكن سيذكر المصنف في
كتاب الاقرار انه يثبت النسب من المولى
بمجرد اقراره ولم يحك فيه خلافا وقد علمته
(قوله ولو قال لعبده هذا ابنتي) ذكر في
البرهان اسم الاشارة مؤنثا (قوله وقيل
لا يعتق بالاجماع) هو الاظهر لان المشار
اليه اذا لم يكن من جنس المسمى فالعبرة
للمسمى كما لو باع فصا على انه ياقوت
فاذا هو زجاج كان باطلا والذكر والانثى
من بني آدم جنسان فتعلق الحكم بالمسمى
وهو معدوم ولا يتصور تصحيح الكلام في
المعدوم ايجابا او اقرارا فيلغو كذا في
البرهان الا انه اقتصر على ما اذا قال هذه
بنتي لعبده ولم يذكر عكسه وقد نص عليهما
الكمال (قوله الا اذا قال ابو ابي) ينبغي
ان لا حصر في هذا اذ ابو الام بل اعم منه
مثله (قوله ذا رحم محرم) يعني ومحرميته
بالقرابة لا الرضاع حتى لو ملك ابنة عمه
وهي اخته رضاعا لا تعتق كما في البحر

شخصان لا يجوز النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى وهو صفة ذو وجود للعوار والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه يتناول كل قرابة مؤكدة بالمحرمية ولادا كانت أو غيره ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما أو كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى أخاه لا يتكاتب عليه اذ ليس له ملك تام يقدر به على الاعتاق واللزوم عند القدرة (ولو) وصلية كان المالك (صبيا أو مجنونا) حتى يعتق القريب عليهما عند الملك اذ تعلق به حق العبد فشابه النفقة (أو أعتق) عطف على ملك (لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم) فانه أيضا يعتق لوجود ركن الاعتاق من أهله في محله ووصف القربة في اللفظ الأول زيادة فلا يختل العتق في الأخيرين بعدمه بل يكون المعتق عاصيا لأن ذلك من فعل الكفرة وعبدة الأصنام (أو أعتق (مكرها أو سكران) فان اعتاقهما صحيح لصدوره عن أهله مضافا الى محله ولا يشترط في الاسقاطات الرضا وبالاكراه ينعدم الرضا ولا تأثير له في انعدام الحكم ألا يرى الى ما روي عنه عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق والهازل لا يرضى بالحكم (أو أضاف) عطف على أعتق (عتقه الى شرط ووجد) أي الشرط بأن قال ان دخلت الدار فأنت عتيق فدخل (عتق عليه) أي على من ملك والمذكور بعده (كعبد لحربي خرج الينا مسلما) فانه يعتق لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء (والحمل يعتق بعتق أمه) تبعا لها لاتصاله بها ولا يصح بيعه وهبته لأن التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد بالاضافة الى الحمل وشيء منهما ليس بشرط في الاعتاق ثم قيام الحمل وقت الاعتاق انما يعرف (اذا ولدت بعد عتقها لأقل من ستة أشهر) لأنه أقل مدة الحمل كما مر اعلم ان المسطور في كتب القوم ان الحمل يعتق باعتاق الأم تبعا لها مطلقا فان أعتقت وهي حامل بأن ولدت بعد عتقها لأقل من ستة أشهر يعتق الحمل ولا ينجر ولاؤه وان أعتقت وهي غير معلومة الحمل بأن ولدت للأكثر يعتق تبعا لأمه لكن ينجر ولاؤه الى مولى الأب كما مر وبهذا يظهر أن في عبارة صدر الشريعة حيث قال اعلم ان الحمل يعتق بعتق أمه لا بطريق التبعية بل بطريق الاصالة حتى لا ينجر ولاؤه الى موالي الأب وهذا اذا ولدت بعد عتقها لأقل من ستة أشهر تسامحا لأن ظاهرها مخالف لعبارة القوم حيث قالوا ان أعتق حاملا عتق حملها تبعا وأيضا قوله اذا ولدت بعد عتقها لأقل من ستة أشهر قيد لقوله يعتق بعتق أمه ومتمم له وقد فصله عنه بل حق العبارة أن يكون هكذا اعلم أن الحمل يعتق بعتق أمه وهي حامل بأن ولدت لأقل من ستة أشهر حتى لا ينجر ولاؤه الى موالي الأب فالحاصل أن الحمل يعتق بعتق أمه مطلقا

(قوله ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما أو كافرا في دار الاسلام) قيد بدار الاسلام احترازا عما لو ملك قريبه المحرم ما خرج بدار الحرب فانه لا يعتق عندهما خلافا لأبي يوسف ولو ملك قريبه الذمي أو المسلم بدار الحرب عتق بالاجماع (قوله والمكاتب اذا اشترى أخاه لأنه لا يتكاتب) ينبغي حذف لفظة لأنه (قوله اذ ليس له ملك تام) ه ينبغي أن يقال لأنه لا ملك له في الحقيقة وانما له التكسب خاصة وقرابة الولاد يجب مواساتها بالتكسب دون غيرها من الأقارب فكذا التكاتب اه وفي رواية كقوله يتكاتب كما في التبيين (قوله أو أعتق لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم) وارد على قوله لما ذكر العتق الحاصل الخ لأن هذا اختياري فكيف يكون مما ليس باختياري الا أنه ليس ثابتا في بعض النسخ وعليها الاعتراض (قوله أو مكرها) لا فرق بين الاكراه الملجئ وغيره كما في النهر (قوله أو سكران) يعني من محرم لا مما طريقه مباح كالمضطر والذي لم يقصد السكر من مثلث ومن حصل له بغذاء أو دواء كما في البحر (قوله بأن قال ان دخلت الدار فأنت حر) هو الصواب ووقع في كثير من النسخ فأنت طالق وهو سهو (قوله والحمل يعتق بعتق أمه تبعا لها الخ) فيه نظر لأنه لا يخلو اما أن يكون قوله تبعا لها متنا المتعلق به قوله بعده اذا ولدت بعد عتقها لأقل من ستة أشهر أو يكون شرحا فان كان متنا يعارض تقييده التبعية بدون ستة أشهر ما سيذكره ان التبعية تكون مطلقا وان كان شرحا لا يصح المتن لأنه يفيد أنه لا يعتق الحمل باعتاق الأم الا أن تلده لدون ستة أشهر وأنه يعتق مطلقا (قوله وبهذا يظهر أن في عبارة صدر الشريعة تسامحا) غير مسلم بل الحق ما قاله صدر الشريعة وفي عبارة المصنف تصريح بما يفيده من قوله وان أعتقت وهي غير معلومة الحمل بأن ولدت للأكثر يعتق تبعا اه فهو يشير الى أنه يعتق مقصودا فيما اذا ولدته لدون ستة أشهر وصرح به المصنف في كتاب الولاء في مسألة جر الولاء (قوله لكن ينجر ولاؤه الى مولى الأب) هو الصواب خلاف ما في كثير من النسخ من ذكر الأم مكان الأب (قوله كما مر) صوابه كما سيأتي اذ لم يتقدم بل سيأتي في كتاب الولاء

فان وقع العتق عليه قصدا بأن ولدت لاقل من ستة أشهر يعتق ولا ينتقل ولاؤه أبدا الى موالى أبيه وان وقع بمجرد تبعية أمه بأن ولدت للاكثر يعتق أيضا لكن اذا أعتق الاب بعده فقد يجر ولاء ابنه الى مواليه وسيأتى تمام تحقيقه فى الولاء ان شاء الله تعالى (بلا عكس) يعنى أن الام لا تعتق بعتق الحمل بل يعتق الحمل فقط اذ لا وجه لاعتاقها مقصودا لعدم الاضافة اليها ولا تبعا له لان فيه قلب الموضوع (الولد يتبع الاب فى النسب) لانه للتعريف والام لا تشتهر (و) يتبع (الام فى الملك) حتى اذا كانت الام ملك زيد فولدت ولدا كان الولد أيضا ملكا له وان كانت مشتركة بينه وبين غيره كان الولد كذلك (والرق) والفرق بينهما ان الرق هو الذل الذى ركبه الله تعالى على بعض عباده جزاء استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى أو حق العامة على الخلاف فيه والملك هو تمكن الشخص من التصرف فيه وهو حقه وأول ما يؤخذ المأسور يوصف بالرق لا الملك الا بعد الاخراج الى دار الاسلام والملك يوجد فى الجماد والحيوان غير الآدمى لا الرق وبالبيع يزول ملك المالك لا الرق وبالعتق يزول ملكه قصدا لانه حقه ويزول الرق ضمنا ضرورة فراغه من حقوق العباد وتبين لك الفرق بينهما فى القن وأم الولد والمكاتب بأن الرق والملك كاملان فى الرقيق القن ورق أم الولد ناقص حتى لا يجوز اعتاقها عن الكفارة والملك فيها كامل والمكاتب رقه كامل حتى جاز اعتاقه عن الكفارة وملكه ناقص لخروجه عن يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لى كذا ذكره الزيلعى (والعتق وفروعه) كالتدبير والاستيلاد والكتابة بالاجماع عليه ولان ماءه يكون مستهلكا بمائها فترجح جانبها ولانه متيقن به من جانبها ولهذا يثبت نسب ولد الزنا وولد الملاعنة منها حتى ترثه ويرثها ولانه قبل الانفصال كعضو منها حسا وحكما حتى يتغذى بغذائها وينتقل بانتقالها ويدخل فى البيع والعتق وغيرهما من التصرفات تبعا لها فكان جانبها أرجح ولهذا يعتبر جانب الام فى البهائم أيضا حتى اذا تولد بين الوحشى والاهلى أو بين المأكول وغير المأكول يؤكل اذا كانت أمه مأكولة ذكره الزيلعى (ويتبع) الولد (خيرهما فى الدين) رعاية لجانب الولد (فولد الامة من زوجها ملك لسيدها) تفريع على كون الولد تابعا للام فى الملك (ولو كان) الولد (من سيدها حر) لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه ولا يعارضه ماء الامة لان ماءها مملوك لسيدها بخلاف أمة الغير لان ماءها مملوك لسيدها فتعارضا فرجح جانبها بما ذكرنا والزوج قد رضى به لعلمه (وولد المغرور حر بالقيمة) المغرور رجل اشترى أمة على أنها ملك البائع أو نكح امرأة على انها حرة فولدت كل منهما ولدا فظهر ان الاولى ملك لغير البائع والثانية أمة فحينئذ يكون كل من الولدين حرا بالقيمة أما حريته فلانه خلق من ماء الحر ولم يرض الوالد برقيته كما رضى فى الاول فلا يتبعها وأما القيمة فلرعاية جانب التبعية الاصلية

﴿باب عتق البعض﴾

(قوله بل يعتق الحمل فقط) أهمله عن القيد وهو واجب الذكر اذ لا يحكم بعتق الولد الا أن تلده لاقل من ستة أشهر أو لما هو فى حكمه من وقت الاعتاق ولو زاد عن ستة أشهر كما اذا كانت معتدة من طلاق أو وفاة أو جاءت بتوأمين الاول لدون ستة أشهر والثانى لاكثر (قوله ورق أم الولد ناقص) قال الكمال وما أورد من أن الرق لا يقبل التجزى فكيف يقبل النقصان يندفع بان المراد بنقصان الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته (قوله والعتق وفروعه) مستدرك بما تقدم من قوله والحمل يعتق بعتق أمه وكذا وقع مثل هذا فى غير ما كتاب ولعل اعادته ليرتب عليه قوله وفروعه (قوله فولد الامة الخ) كان ينبغى أن يفرع على المذكور أولا فيقول فولد العامى من الشريفة ليس بشريف مثلا الخ ولم يفرع لقوله والرق ويمكن أن يقال وولد المسبية بأن سباها حاملا فولدت (قوله وولد المغرور حر بالقيمة) أى قيمته يوم الخصومة كما سيأتى

﴿باب عتق البعض﴾

(أعتق بعض عبده لم يعتق كله) خلافا لهما وللشافعي حيث يقولون يعتق كله وحاصل الخلاف أن اعتاق البعض هل يوجب زوال الرق عن المحل كله أم لا فعنده لا يوجب بل يبقى المحل رقيقا ولكن زوال الملك بقدره وعندهم يوجبه لهم أن الاعتاق اثبات العتق الذي هو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها الذي هو الرق وهما لا يتجزآن بالاتفاق فكذا الاعتاق والا لزم تخلف المعلول عن العلة أو تجزي العتق لانه اذا تجزأ فاما ان يثبت باعتاق البعض اعتاق الكل أو لا يثبت شئ أو يثبت بعضه وعلى كل من الاولين يلزم تخلف المعلول عن العلة وعلى الاخير يلزم تجزي العتق فصار الاعتاق كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد في عدم التجزي وله ان الاعتاق اما اثبات العتق بازالة الملك أو ازالة الملك ابتداء لا اثبات العتق بازالة ضده الذي هو الرق ولا ازالة الرق ليلزم عدم التجزي وذلك لان الاعتاق تصرف وكل ما هو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف وولاية المتصرف انما تكون على ما هو حقه وحقه الملك وولايته انما تكون على الملك والملك متجزي بالاجماع لكن يتعلق به أمر غير متجزي وهو العتق وتعلقه به لا يستلزم تجزيه كجواز الصلاة فانه أمر غير متجزي تعلق بمتجزي وهو الاركان هذا ملخص ما ذكره القوم في هذا المحل وأنت خبير بانه لا يفيد الجواب عن دليلهم الا بتحقيق مرام الامام ورفع الاشكال الوارد على الامام في هذا المقام بان العتق مطاوع للاعتاق فكيف يتصور تجزي الفعل وعدم تجزي مطاوعه وان أردت العثور على تحقيق المرام فاستمع لما ألقي عليك من الكلام فاقول وبالله التوفيق وبيده مقاليد التحقيق ان المعنى الحقيقي للاعتاق اثبات العتق الذي هو قوة شرعية كما قالوا ومن البين ان اثباته من حيث هو كذلك خارج عن قدرة البشر وانما هو مقدور خالق القوى والقدر فاذا امتنع المعنى الحقيقي وجب أن يصار الى المجاز كما هو القاعدة المقررة وأقرب المعاني المجاز به الى الحقيقة هنا أمران أحدهما اثبات القوة الشرعية بازالة الملك بان يكون الصادر من العبد ازالة الملك ويترتب عليه ثبوت القوة الشرعية ونظيره الكسب والخلق في أفعال العباد فان الاول مقدور العبد ويترتب عليه مقدور الله والمعنى الثاني ازالة الملك وهو ظاهر وبهذا يخرج الجواب عن دليلهم المذكور ويندفع أيضا الاشكال المشهور أما الاول فبان يقال لا نسلم أن الاعتاق اثبات القوة الشرعية فان صدوره عن العبد محال فكيف يصح اسناده اليه حقيقة فاذا بطلت هذه المقدمة بطل ما يترتب عليها وأما الثاني فبان يقال ان أردتم بكون العتق مطاوعا للاعتاق كونه كذلك بحسب معناه الحقيقي سلمنا لكن المراد هنا ليس ذلك المعنى كما عرفت بل معناه المجازي ويجوز تخلف مطاوع الفعل عن معناه المجازي كما في كسرته فلم ينكسر لان معناه أردت كسره فلم ينكسر وان أردتم به كونه مطاوعا للمعنى المراد هنا فلا نسلم ذلك فانه اما ازالة الملك أو ما هو مسبب عنها وظاهر أن تجزي ازالة الملك لا يستلزم تجزي العتق بل تجزي زوال الملك ولا محذور فيه بل الامر كذلك فانه اذا أعتق البعض زال بعض ملك المولى وهو ملك اليد وبقي ملك الرقبة فصار كالمكاتب ولهذا اعقبها بالمسئلة

(قوله فان الاول مقدور العبد ويترتب عليه مقدور الله تعالى) يوهم القول بعدم مقارنة المعلول للعلة وهو مخالف لقولنا بمقارنتها له

التي تليها وبهذا التحقيق الفائض على من أنوار التوفيق اضمحل ما قال صاحب
البدائع ان أكثر القوم على ان المتجزي عنده الاعتاق لا العتق وهو غير سديد لان
الاعتاق لما كان متجزئا كان العتق متجزئا ضرورة ان العتق حكم الاعتاق
والحكم يثبت على وفق العلة ولان القول بهذا قول بتخصيص العلة اذ يوجد الاعتاق
في النصف ويتأخر العتق فيه الى وقت الضمان أو السعاية وانه قول بوجود العلة ولا
حكم له وهو تفسير تخصيص العلة وما قال بعض محشي الهداية انه يلزم من تقرير
صاحب البدائع ان العتق لا يتخلف عن الاعتاق في عدم التجزي فانه لا يقبل
التجزي فظهر قوة قول الصاحبين ووجه الاضمحلال يظهر من التأمل فيما
ذكرنا فليتأمل ثم اذا تجزأ الاعتاق بزوال بعض الملك احتبس مالية بعض العبد
عنده فوجب عليه السعاية (وسعى) لمولاه (في قيمة (الباقي) من ذلك البعض
(فصار كالمكاتب) لان المستسعى بمنزلة المكاتب عنده حتى لا يجوز له نكاح
الاربع ولا يملك التبرعات لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في
كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا لانه مالك يدا
لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله أن يستسعيه وله أن يعتقه لان المكاتب قابل
للاعتاق (بلا رد الى الرق لو عجز) يعني ان الفرق بينهما ان معتق البعض اذا عجز
عن الاداء لا يرد الى الرق لانه اسقاط محض فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة
المقصودة لانها عقد يقبل الفسخ وليس في الطلاق والقصاص حالة متوسطة
فأثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من
مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان
فكمل الاستيلاد (أعتق رجل حصته) من المملوك المشترك بينه وبين غيره
(فلشريكه الاعتاق أو الاستسعاء والولاء لهما) لانهما المعتقان (أو تضمينه) أي
لشريكه أن يضمنه (لو) كان المعتق (موسرا) بان يملك قدر قيمة نصيب الآخر
ولو كان معسرا فلشريكه الاعتاق أو الاستسعاء فقط والولاء لهما كما في الاول
(ويرجع) المعتق الضامن (به) أي بما ضمن (على العبد) لانه قام مقام
الساكت وقد كان للساكت الاستسعاء فكذا للمعتق (والولاء له) لان العتق كله
من جهته حيث ملكه بالضمان (شهد كل) من الشريكين (بعتق نصيب الآخر
سعى) العبد (لهما) موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسرا والآخر معسرا
هذا عند أبي حنيفة وعندهما ان كانا موسرين فلا سعاية عليه وان كانا معسرين
سعى لهما وان كان أحدهما معسرا والآخر موسرا سعى للمعسر لا الموسر والولاء
لهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي
بالسعاية وولاؤه لي والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لان كلا منهما يحيله على
صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى أن يتفقا على اعتاق أحدهما (علق
أحدهما) أي الشريكين (عتقه بفعل فلان غدا) فقال ان دخل فلان هذه الدار غدا
فهو حر (والآخر بعدمه) وقال ان لم يدخل فهو حر (فمضى) الغد (وجهل شرطه)
أي لم يعلم انه دخل أولا (عتق نصفه وسعى في نصفه لهما) وعند محمد سعى في كله لان

(قوله حتى لو استولد نصيبه من مدبرة) اقتصر عليه قال الكمال حتى لو مات المستولد تعتق من جميع ماله ولو مات
المستولد عتقت من ثلث ماله اه (قوله
فكمل الاستيلاد) يعني تبين كماله لما قال
الكمال وانما كمل في القنة لانه لما ضمن
نصيب صاحبه بالافساد ملكه من حين
الاستيلاد فصار مستولدا جارية نفسه
فثبت عدم التجزي ضرورة (قوله
فلشريكه الاعتاق) أي منجزا أو مضافا
وينبغي أن لا يقبل منه اضافته الى
زمان طويل لانه كالتدبير ولو دبره وجب
عليه السعاية في الحال فيعتق كما صرحوا
به فينبغي أن يضاف الى مدة تشاكل مدة
الاستسعاء كما في الفتح (قوله أو الاستسعاء)
ويجبر عليه واذا امتنع يؤجره جبرا ولا
يرجع العبد على المعتق بما أدى باجماع
أصحابنا كما في الفتح (قوله أو يضمنه)
يعني اذا اعتق بغير اذنه كما سيأتي (قوله
لو موسرا) المراد به يسار التيسير لا يسار
الغنى كما ذكره المصنف والمعتبر حاله يوم
الاعتاق حتى لو أيسر بعده أو أعسر
لا يعتبر وان اختلفا فيه يحكم الحال الا أن
يكون بين الخصومة والعتق مدة يختلف
فيها الاحوال فيكون القول للمعتق كما في
التبيين (قوله بأن يملك قدر قيمة نصيب
الآخر) يعني فاضلا عما يحتاج اليه من
ملبوسه ونفقة عياله وسكناه كما في التبيين
(قوله شهد كل بعتق نصيب الآخر)
كذا لو شهد أحدهما على رفيقه باعتاق
نصفه فأنكر يسعى لهما (قوله فيبقى
موقوفا الى أن يتفقا على اعتاق أحدهما)
قال في البحر عن الفتح فلو مات قبل أن
أن يتفقا وجب أن يأخذه بيت المال اه
(قوله علق أحدهما عتقه بفعل فلان
غدا الخ) قال الكمال ولا يخفى ان من
صورة المسألة أن يتفقا على ثبوت الملك الكل
الى آخر النهار (قوله وسعى في نصفه لهما)
لا فرق فيه بين كونهما موسرين أو معسرين
أو مختلفين والولاء لهما كما في البرهان (قوله وعند محمد سعى في كله) هذا اذا كانا معسرين كما في التبيين

المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول فلا يمكن القضاء على المجهول ولهما أن نصف السعاية ساقط بيقين وكل واحد من الشريكين يقول لصاحبه ان النصف الباقي هو نصيبي والساقط نصيبك فينصف بينهما (ولا عتق في عبدين) أي قال رجل ان دخل فلان الدار غدا فعبدي كذا وقال الآخر ان لم يدخل فعبدي كذا فمضى ولم يعلم أنه دخل أولا لا يعتق واحد من العبدين لان المقضى عليه بالعتق والمقضى له به مجهولان فتفحشت الجهالة (ملكا) أي رجلان (ولد أحدهما) بشراء أو هبة أو وصية (أو اشترى) أحدهما (نصف ابنه من مولاه) أي مولى ابنه (أو علق عتقه) أي عتق عبد (بشراء نصفه) بان قال زيد لعبد بكر ان اشتريت نصفك فنصفك حر (ثم اشتراه) أي ذلك العبد (هو) أي زيد (ورجل آخر) بالاشتراك (عتق حصته) أي حصة الاب في الصورتين الاوليين لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق كما مر وحصة الحالف في الثالثة لوجود الشرط (ولم يضمن) عند أبي حنيفة لانعدام التعدي (علم) الشريك (حاله أو لا) أي سواء علم انه ابن شريكه أو لا (كما لو ورثاه) أي لا يضمن الاب نصيب الشريك في الصور المذكورة كما لا يضمن الاب اذا ورث هو وشريكه ابنه صورته امرأة ماتت ولها عبد هو ابن زوجها فترك الزوج والأخ فورث الاب نصف ابنه فعتق عليه لا يضمن حصة أخيها اتفاقا لان الارث ضروري لا اختيار للاب في ثبوته (فالآخر اعتقه أو استسعى) أي اذا لم يكن للشريك ولاية التضمين بقي أحد الامرين اما الاعتاق أو الاستسعاء وقالا في غير الارث ضمن نصف قيمته غنيا وسعى له فقيرا لان شراء القريب اعتاق فان كان موسرا يجب الضمان وان كان معسرا سعى العبد وأبو حنيفة يقول انه رضي بافساد نصيبه فلا يضمن كما اذا أذن باعتاق نصيبه حيث شاركه في علة العتق وهو الشراء وان جهل فالجهل لا يكون عذرا (وان اشترى) أي أجنبي (نصفه ثم اشترى) (الاب موسرا باقيه ضمنه) أي الاجنبي الاب لانه ما رضي بافساد نصيبه (أو استسعى) الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (وان اشتراه) أي النصف (الاب موسرا من مالك كله لم يضمن) أي الاب (له) أي لمالك كله لانه رضي بافساد نصيبه ببيعه من الاب (دبره أحد الشركاء واعتقه آخر وهما موسران ضمن الساكت مدبره فقط) لا المعتق (وضمن المدبر معتقه ثلثه مدبرا لا ما ضمنه) اذا كان العبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم ثم اعتقه الآخر وهما موسران والثالث ساكت فاراد الساكت والمدبر الضمان فللساكت أن يضمن المدبر دون المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن توضيحه أن قيمة العبد اذا كانت سبعة وعشرين دينارا مثلا فان الساكت يضمن المدبر تسعة والمدبر يضمن المعتق ستة وذلك لان قيمة المدبر ثلثا قيمة القن لما سيأتي فما لتدبير تلفت منه تسعة وكان الاتلاف بالاعتاق واقعا على قيمة المدبر وهي ثلثا قيمة القن وهي ثمانية عشر وثلثها ستة فيضمن المدبر المعتق ثلث الستة فقط ولا يضمنه التسعة التي هي نصيب

(قوله ملكا ولد أحدهما) كذا الحكم في كل ذي رحم محرم كما في الفتح (قوله علم الشريك حاله أولا) هو ظاهر الرواية عن الامام وروى الحسن عنه تضمين الاب اذا لم يعلم الشريك انه ابنه كما في التبيين (قوله وأبو حنيفة يقول انه رضي بافساد نصيبه الخ) لا يخفى ما فيه وينبغي ان يقال كما في التبيين لان سبب الرضا يتحقق من غير علم والحكم يدار على سببه لا على حقيقته لانه مبطل لا يمكن الوقوف عليه (قوله وان اشتراه الاب من مالك كله) مكرر بما تقدم من قوله أو اشترى نصف ابنه من مولاه واحترز به عن الشراء من أحد الشريكين لانه لو شراه منه موسرا لزمه الضمان للآخر بالاجماع كما في التبيين (قوله واعتقه آخر) يعني بعده كما صرح به في شرحه (قوله ضمن الساكت مدبره) قال الكمال ويرجع به على العبد ان شاء (قوله وهي ثلثا قيمة القن) قال الكمال لان له الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل وانما زال الاخير فقط واليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى الا ان الوجه يخص المدبرة دون المدبر وقيل يسأل أهل الخبرة ان العلماء لو جوزوا بيع هذا فاتت المنفعة المذكورة كم يبلغ فما ذكر فهو قيمته وهذا حسن عندي وقيل قيمته قنا وهو غير سديد وقيل نصف قيمته قنا وقيل تقوم خدمته مدة عمره حزرا فيه فما بلغت فهي قيمته اه

السا كت مع ثلث السعاية التي يضمنه اياها هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا
العبد للمدبر ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك فلا
يختلف باليسار والاعسار بخلاف ضمان الاعتاق فانه ضمان جناية (قال هي أم ولد
شريكي وأنكر) شريكه (تخدمه) أي تخدم الجارية الشريك المنكر (يوما
وتوقف يوما) عند أبي حنيفة لان المقر اقر أن لا حق له عليها فيؤاخذ باقراره
والمنكر يزعم انها كما كانت فلا حق له الا في نصفها وعندهما للمنكر أن يستسعي
الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لانه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقراره عليه
كانه استولدها فتعتق بالسعاية (لاقيمة لام ولد) وقالا لها القيمة لانها مملوكة محرزة
منتفع بها وطأ واجارة واستخداما فتكون مقومة كالمدبرة ولهذا لو قال كل مملوك
لي كذا تدخل أم الولد واستباحة الوطء دليل الملك لانه لا يحل الا بالنكاح أو
بملك اليمين والاول منتف فتعين الثاني وبقاء الملك دليل بقاء المالية والتقوم
اذ المملوكية في الآدمي ليست غير المالية والتقوم وحق الحرية لا ينافي
التقوم كالمدبر ولهذا اذا أسلمت أم ولد النصراني تسعى وهي آية التقوم ولابي
حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام اعتقها ولدها رواه ابن ماجه والدارقطني
ومقتضى الحرية زوال التقوم لكنه تقاعد عن افادة الحرية لمعارض وهو قوله
صلى الله عليه وسلم أيما امرأة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبر منه وفي رواية
من بعده رواه أحمد ولا معارض له في زوال التقوم فيثبت (فلا يضمن غني اعتقها)
اي أم ولده حال كونها (مشتركة) بينه وبين غيره بان ولدت ولدا فادعياه فانه
لا يضمن حصة شريكه عند أبي حنيفة بناء على عدم تقومها وعندهما يضمن بناء
على تقومها (رجل له اعبد) ثلاثة (قال في صحته لاثنين عنده أحدكما حر فخرج
واحد) منهما (ودخل آخر فأعاد) هذا الكلام فان كان حيا أمر بالبيان (وان
مات مجهلا عتق ثلاثة أرباع الثابت ونصف كل من الآخرين) عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد ربع من دخل وغيره كما قالا وذلك لان
الايجاب الاول دائر بين الخارج والثابت فيتنصف بينهما ثم الايجاب الثاني دائر
بين الثابت والداخل فيتنصف بينهما فالنصف الذي أصاب الثابت شاع فيه وما
أصاب النصف الذي عتق بالايجاب الاول لغا وما أصاب النصف الفارغ وهو
الربع بقي فيعتق منه ثلاثة أرباعه واما الداخل فيعتق منه ربعه عند محمد لان هذا
الايجاب لما أوجب عتق الربع من الثابت أوجبه من الداخل أيضا لتنصفه
بينهما وهما يقولان المانع من عتق النصف يختص بالثابت ولا مانع في الداخل

(قوله وقالا العبد للمدبر) مبني على عدم تجزي التدبير عندهما (قوله فتعتق بالسعاية) لم يتعرض فيه لنفقتها وكسبها وجنايتها
وفي المحيط في باب محمد نفقتها في كسبها فان لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر ولم يذكر خلافا في النفقة وقال غيره نصف كسبها
للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها فان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر وهذا اللائق بقول
أبي حنيفة وينبغي على قول محمد أن لا نفقة لها ١٠ عليه أصلا لانه لا خدمة له عليها ولا احتباس وأما جنايتها فتسعى فيها على
قول محمد كالمكاتب وتأخذ الجناية ممن
جنى عليها تستعين بها وعلى قول أبي
حنيفة جنايتها موقوفة الى تصديق
أحدهما صاحبه كما في الفتح (قوله وقالا
لها القيمة) قال في النهر وهي ثلث قيمتها
قنة وبه قال الجمهور اه (قوله ولابي
حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم الخ) لم
يذكر فيه الجواب عن وجه قياس
قولهما وليس مما ينبغي (قوله فان كان
حيا أمر بالبيان) كان ينبغي للمصنف ذكر
حكمه وهو كما قال الكمال والعبد مخاصمته
في ذلك فاذا بين العتق في الثابت الذي لم
يخرج بالكلام الاول أي بينه بالكلام
الاول عتق وبطل بالكلام الثاني وان
بين بالكلام الاول عتق الخارج ويؤمر
ببيان الكلام الثاني ويعمل ببيانه وان
بدأ ببيان الكلام الثاني فقال عنيت
بالكلام الثاني الداخل عتق ويؤمر
ببيان الكلام الاول فأيهما بينه من
الخارج والثابت عمل به وان قال عنيت
بالكلام الثاني الثابت عتق وتعين عتق
الخارج بالكلام الاول والا يبطل فالمسئلة
على ثلاثة أوجه أحدها أن يبين وهو
ما تقدم ثانيها أن يموت أحد العبيد فالموت
بيان أيضا فان مات الخارج تعين
الثابت للعتق بالايجاب الاول لزوال
المزاحم وبطل الايجاب الثاني وان
مات الثابت تعين الخارج بالايجاب
الاول والداخل بالايجاب الثاني وان
مات الداخل أمر ببيان الاول فان عني
به الخارج عتق الثابت أيضا بالايجاب الثاني وان عني به الثابت بطل الايجاب الثاني ثالثها أن يموت المولى فيعتق
قبل البيان وهي مسئلة الكتاب اه فان قيل يشكل هذا على أصلهما من عدم تجزي الاعتاق فالجواب ان عدم تجزيه اذا وقع
في محل معلوم والانقسام هنا ضروري اه وقال في البرهان وتمام الكلام على هذه المسئلة في أول باب عتق أحد العبدين من
الكافي (قوله وما أصاب النصف الذي عتق) ينبغي أن يقال فما أصاب بالفاء لا بالواو

فيعتق نصفه (ولو) كان هذا القول منه (فى المرض ومات) قبل البيان وقيم العبيد متساوية فان كان له مال يخرج قدر المعتق من الثلث وذلك رقبة وثلاثة أرباع رقبة عندهما ورقبة ونصف رقبة عنده أولم يخرج ولكن أجازت الورثة فالجواب كما ذكروان لم يكن له مال سوى العبيد ولم تجز الورثة (قسم الثلث بينهم (على هذا) أى على ما وصفنا وبيانه ان حق الخارج فى النصف وحق الثابت فى ثلاثة الارباع وحق الداخل عندهما فى النصف أيضا فيحتاج الى مخرج له نصف وربع وأقله أربعة فتعول الى سبعة فحق الخارج فى سهمين وحق الثابت فى ثلاثة وحق الداخل فى سهمين فبلغت سهام العتق سبعة فيجعل ثلث المال سبعة لان العتق فى المرض وصية ومحل نفاذها الثلث واذا صار ثلث المال سبعة صار ثلثا المال أربعة عشر وهى سهام السعاية وصار جميع المال أحدا وعشرين وماله ثلاثة أعبد فيصير كل عبد سبعة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى فى خمسة ويعتق من الداخل سهمان ويسعى فى خمسة ويعتق من الثابت ثلاثة ويسعى فى أربعة فبلغ سهام الوصايا سبعة وسهام السعاية أربعة عشر فاستقام الثلث والثلثان وعند محمد رحمه الله تعالى حق الداخل فى سهم وكان سهام العتق عنده ستة ويجعل كل رقبة ستة وسهام السعاية اثنى عشر وجميع المال ثمانية عشر فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى فى ثلاثة ومن الخارج سهمان ويسعى فى أربعة ومن الداخل سهم ويسعى فى خمسة فيستقيم الثلث والثلثان أقول يرد على ظاهره ان أرباب الفرائض صرحوا بان الاربعة لا تعول فكيف يصح قوله وأقله أربعة فتعول الى سبعة ودفعه ان معناه على ما ذكر شراح كلامهم لا يتصور فى مسئلة قط اجتماع نصفين وربع وهذا لا ينافى وقوع العول فيها فيما سوى قسمة التركة (ولو طلق كذلك قبل وطء سقط ربع مهر من خرجت وثلاثة أثمان من ثبتت وثمن من دخلت) يعنى ان كان له ثلاث زوجات مهرهن على السواء فطلقهن قبل الوطء على الوجه المذكور فبالايجاب الاول سقط نصف مهر الواحدة منصفا بين الخارجة والثابتة فسقط ربع مهر كل واحدة ثم بالايجاب الثانى سقط الربع منصفا بين الثابتة والداخلة فأصاب كل واحدة الثمن فسقط ثلاثة أثمان مهر الثابتة بالايجابين وسقط ثمن مهر الداخلة وانما فرضت المسئلة فى الطلاق قبل الوطء ليكون الايجاب الاول موجبا للبينونة فاصاب الايجاب الاول لا يبقى محلا للايجاب الثانى فيصير فى هذا المعنى كالعتق (الوطء والموت بيان فى طلاق مبهم) يعنى اذا قال لامرأتيه احداكما طالق فوطئ احداهما أوماتت فكل منهما بيان ان المراد هى الاخرى أما الوطء فلان النكاح عقد وضع لحل الوطء والطلاق وضع لازالة ملك النكاح أى لازالة حل الوطء اما فى الحال أو بعد انقضاء العدة فالوطء دليل على ان الموطوءة لم تكن مرادة بالطلاق وأما الموت فلما عرف ان البيان انشاء من وجه فلا بد له من محل (كبيع وموت وتدبير واستيلاد وهبة وصدقة مسلمتين فى عتق مبهم) أى اذا قال

(قوله وقيم العبيد متساوية) ليس هذا القيد لازما حكما (قوله قسم الثلث على هذا) قال الكمال ولا يخفى ان الحاصل للورثة لا يختلف اه يعنى بحسب جعل سهام العتق ستة أو سبعة (قوله لا يتصور فى مسئلة قط اجتماع نصفين) فى الحاق قط للنفى بلا تسامح (قوله وثمن من دخلت) هذه حجة محمد عليهما فألزمهما المناقضة والجواب عنها والكلام على تفاريعها فى الفتح (قوله مهرهن على السواء) الكلام عليه كالكلام على قيمة العبيد فيما تقدم (قوله الوطء والموت بيان فى طلاق مبهم) هذا اذا كان الطلاق قبل الدخول أو بائنا لانه لو كان رجعيا لا يكون الوطء بيانا للطلاق الاخرى لحل وطء المطلقة رجعيا ذكره فى الفتح عن النوادر ونقله ابن الضياء عن قنية المنية اه الا أن فيه نوع اشكال لما قالوا ان المسلم لا يفعل خلاف السنة والسنة أن لا يطأ المطلقة طلاقا رجعيا قبل رجعتها بالقول فما وجه حمله ههنا على هذا مع حملهم اياه فى غير هذا المحل على عدم مخالفة السنة (تنبيه) لا يثبت البيان فى الطلاق بالمقدمات كما فى الزيادات وقال الكرخى يثبت بالتقبيل كما يحصل بالوطء كذا فى الفتح (قوله كبيع) شامل لما فيه الخيار لاحد المتبايعين وللفاسد بدون قبض على الصحيح كما فى الفتح والايصاء والاجارة والتزويج والعرض على البيع كالبيع كما فى التبيين (قوله وتدبير) كذا الكتابة والتحرير بيان كما فى البحر وسواء كان التحرير منجزا أو معلقا كما فى التبيين والمراد بالمنجز ما لا نية له فيه فان قال عنيت به الذى لزمنى بقولى أحدكما حر صدق قضاء ويحمل قوله أعتقتك على اختيار العتق أى اخترت عتقك كذا فى البحر (قوله وهبة وصدقة مسلمتين) هذا القيد اتفاقى لما قال الزيلعى عن الكافى ذكر التسليم فى الهبة والصدقة فى الهداية وقع اتفاقا يعنى لا يحتاج اليه وقال الكمال قالوا ذكر الاقباض توكيد لا للشرط لما فى المبسوط والمحيط وغيرهما ان البيان باعتبار دلالة تصرف يختص بالملك

(قوله وللعتق من كل وجه بالتدبير والاستيلاد) أى ولم تبق محلا للعتق من كل وجه وهو العتق الملتزم بقوله أحدكما حر فان حاصله تعليق كامل بالبيان وبالتدبير والاستيلاد لم يبق عتقه عتقا كاملا لاستحقاقه العتق عند الموت فتعين الآخر كذا فى الفتح (قوله لا وطء فيه) قول أبى حنيفة ومحله اذا لم يحصل منه علوق أما لو علقت عتقت الاخرى اتفاقا كما فى الفتح (قوله وعندهما بيان) أى وان لم يحصل منه علوق وبه يفتى كما فى البرهان (قوله أشار بزيادة لو فى العبارة الخ) قيل وجه ذلك ان جملة تلد منه ابنا وقعت صفة لولد فينحل الكلام الى قولك أول ولد موصوف بهذه الصفة فأنت حرة فانظر هل لقولك فأنت حرة ارتباط بما قبله بوجه بخلاف ما اذا قدرت أداة الشرط كان ولو فقلت أول ولد تلد منه ان ابنا لو ابنا فأنت حرة فانه يرتبط بما قبله على الجزائية لانه ينحل الى قولك أول ولد موصوف بالولادة ان كان ابنا فأنت حرة وبهذا سقط ما قيل وجه الفساد ان كان عدم وجود الرابط فى جملة الخبر فقد يستغنى عنه بناء على ظهوره تقديره ١٢ كعند ولادته ونحوه وان كان وجود الفاء فى الخبر فقد يجوز دخوله على قلة * وقائلة خولان فانكح فتاتهم * خصوصا اذا كان المبتدأ نكرة موصوفة بجملة على ما بين فى محله هذا ما تيسر لى اه قاله فاضل رحمه الله وفى حكمه بالسقوط بما ذكره تأمل (قوله عتق نصف الام ونصف الانثى) هذا اذا تصادقا على عدم معرفة المولود الاول وهذه المسئلة على وجوه أحدها ما تقدم ثانيها أن يتصادقا على أولية الغلام فتعتق الام والبنت دونه ثالثها أن يتصادقا على أولية البنت فلا يعتق أحد رابعها أن تدعى الام أولية الغلام والبنت صغيرة وينكر المولى فان حلف على نفى العلم لم يعتق أحد منهما خامسها أن تقيم الام بينة بعد ذلك على أوليته فتعتقا سادسها أن تدعى الام كما تقدم وينكل عن اليمين فتعتقا سابعها أن تدعى الام أولية الغلام والبنت كبيرة ولم تدع شيئا من الحرية لنفسها وينكل فتعتق الام خاصة ثامنها أن تقيم الام بينة والبنت ساكتة فتعتق الام دونها تاسعها ان تدعيا أوليته وينكل فتعتقا عاشرها أن يقيما بينة بأوليته فتعتقا حادى عشرها أن تقيم البنت بينة بأوليته والام ساكتة فتعتق دونها ثانى عشرها أن تدعى كذلك وينكل فتعتق دون أمها كما يؤخذ ذلك من البرهان بفتح القدير (قوله عتق نصف الام والبنت) كذا فى الجامع الصغير من غير خلاف والمذكور لمحمد فى الكيسانيات فى هذه المسئلة انه لا يحكم بعتق واحدة وصحح فى النهاية ما فى الكيسانيات وحققته ابطال قول أبى حنيفة وأبى يوسف مع أنه لم ترد عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب كذا فى الفتح (قوله أى شهد رجلان على زيد بعتق أحد مملوكيه لغت) يشير الى أنهما لو شهدا بعد موته انه قال فى صحته أحدكما حر تقبل وهو الاصح اعتبارا للشيوع كما فى الفتح (قوله واديا الشهادة فى مرض موته الخ) أقول نص الامام الاعظم على انها لا تقبل هذه الشهادة فى حال الحياة ولا وجه لما جعله شارح الهداية وجها لقبولها حال الحياة وقد بينته برسالة مهمة

لعبديه أحدكما حر فباع أحدهما أو مات أحدهما أو دبره أو استولد احدى أمتيه بعد ذلك القول أو وهب أحدهما أو تصدق به وسلم فكل ذلك بيان ان المراد هو الآخر فان من حصل له الانشاء لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير والاستيلاد فتعين الآخر والهبة بالتسليم والصدقة به بمنزلة البيع لانه تمليك (لا وطء فيه) أى لا يكون الوطء بيانا فى عتق مبهم يعنى لو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما لم يكن بيانا عنده وعندهما بيان لان الوطء لا يحل الا فى الملك فصار الاقدام عليه دليل الاستبقاء وله ان الملك ثابت فيهما ولهذا كان له ان يستخدمهما وكان له الارش اذا جنى عليهما والمهر اذا وطئتا بشبهة لان العتق المبهم معلق بالبيان والمعلق بالشرط لا ينزل قبله (وبأول ولد) أى بقوله لامته أول ولد (تلد منه لو) كان (ابنا) أشار بزيادة لو فى العبارة الى ان عبارة الوقاية لا تستقيم بدونها (فأنت حرة ان ولدت ابنا وبنتا ولم يدر الاول عتق نصف الام و) نصف (البنت والابن عبد) لان كلا من الام والبنت يعتق فى حال وهو ما اذا ولدت الغلام أول مرة الام بالشرط والبنت بتبعيتها لكونها حرة حين ولدتها وترق فى حال وهو ما اذا ولدت البنت أولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة وتسعى فى النصف واما الابن فيرق فى الحالين (شهدا) أى شهد رجلان على زيد (بعتق احد مملوكيه) عبدين كانا أو أمتين (لغت الشهادة فى الصورتين) عند أبى حنيفة اما فى الاولى فلان الشهادة على عتق العبد لا تقبل بلا دعوى العبد عنده ولا دعوى منه ههنا لكونه مجهولا وعندهما تقبل بلا دعوى فلا تلغو واما فى الثانية فلان الدعوى وان لم تكن شرطا فى حق الامة لكن الشهادة على العتق المبهم مردودة كما فى احد العبدين (الا أن تكون) شهادتهما (فى وصية) قال فى الهداية اذا شهدا انه أعتق احد عبديه فى مرض موته أو شهدا على تدبيره فى صحته أو مرضه وأديا الشهادة فى مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير

حيثما وقع وقع وصية وكذا العتق فى مرض الموت وصية والخصم فى الوصية انما هو الموصى وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصى أو الوارث أقول مراده ان مقتضى القياس ان تلغو هذه الشهادة أيضا لجهالة المدعى لكنها تقبل استحسانا لوجود المدعى تقديرا ومدعى عليه تحقيقا لان هذا وصية والخصم فى الوصية هو الموصى لان نفعه يعود اليه فيكون مدعيا تقديرا وعنه خلف يقوم مقامه فى المخاصمات وغيرها وهو الوصى أو الوارث فيكون كل منهما مدعى عليه تحقيقا فكان الموصى ادعى على أحدهما حقه واقام الشاهدين فيكون الموصى مدعيا من وجه ومدعى عليه من آخر فاضمحل بهذا الحل ما قال صدر الشريعة الدليل الاول مشكل لان المتنازع فيه ما اذا انكر المولى تدبير احد عبديه أو الوارث ينكر ذلك بعد موت المورث والعبدان يريدان اثباته فكيف يقال ان المدعى هو الموصى أو نائبه لانا لا نسلم ان المتنازع فيه ما ذكر بل انكار المولى تدبير احد عبديه وارادة العبدين اثباته ليس الا فيما اذا شهدا فى صحة المولى على انه أعتق أحد عبديه كيف لا وقد قال فى الهداية وهذا كما اذا شهدا فى صحته على أنه أعتق أحد عبديه وقال بعده أما اذا شهدا أنه أعتق احد عبديه فى مرض موته الخ وأيضا لم يقل صاحب الهداية ان المدعى هو الموصى أو نائبه بل جعل الموصى مدعيا ونائبه مدعى عليه كما بينا يؤيد ما ذكرنا ما قال فى غاية البيان لما كان العتق فى مرض الموت أو التدبير وصية كان المقضى له معلوما لان الخصم فى تنفيذ الوصية هو الموصى وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصى أو الوارث فقبلت الشهادة بخلاف حال الحياة فان الشهادة للعبد لا للمولى لان المولى لا يدعى والعبد الذى وقعت الشهادة له مجهول وأعجب من قول صدر الشريعة ما قال فى الكافى وتبعه الزيلعى وجه الاستحسان ان العتق فى مرض الموت وصية حتى اعتبر من الثلث والتدبير وصية سواء كان فى الصحة أو فى مرض الموت والخصم فى تنفيذ الوصية هو الموصى لان وجوب تنفيذ الوصية لحقه ونفعه يعود اليه وانكاره مردود لانه سفه وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصى أو الوارث فتحقق الدعوى من كل واحد من وصيه أو وارثه فانه غير صحيح اما أولا فلان انكار المولى ليس فى هذه الصورة بل فيما اذا شهدا فى صحة المولى كما مر واما ثانيا فلان تحقق الدعوى من الوارث فى هذه الصورة غير معقول أصلا لانه اذا قال أعتق مورثى أحد عبديه كان اقرارا لا دعوى فلا يحتاج الى الشاهد فليتأمل فى هذا المقام فانه من مزالق الاقدام والله الهادى الى سواء السبيل وحسبنا الله ونعم الوكيل (أو طلاق مبهم) بأن قال لامرأتيه احداكما طالق فان الشهادة فيه تقبل بلا دعوى لتضمنه تحريم الفرج فيكون حقا لله تعالى فلا يشترط فيه الدعوى اجماعا

(باب الحلف بالعتق)

(قال ان دخلت هذه الدار فكل مملوك لى يومئذ حر) أى يوم ادخلها (عتق من له وقت الدخول مطلقا) أى سواء لم يكن له مملوك فاشتراه ثم دخل أو كان فى

(قوله أو طلاق مبهم) قال فى الهداية ويجبر على أن يطلق احداهن اهـ ولعل المراد يجبر على البيان لانه ينشئ الطلاق فى احداهن

(باب الحلف بالعتق)

الحلف بالكسر مصدر سماعى وله مصدر آخر أعنى حلفا بالاسكان يقال حلفا وحلفا وتدخله التاء للمرة كقول الفرزدق

ألم ترنى عاهدت ربى واننى
لبين رتاج قائما ومقام
على حلفة لا أشتم الدهر مسلما
ولا خارجا من فى زور كلام

والمراد بالحلف تعليقه بشرط كما فى الفتح (قوله قال ان دخلت) المراد وهو من أهل التنجيز لما قال فى البرهان لو قال عبد أو مكاتب ما املكه حر فعتق فملك عبدا فهو قن عنده لان من ليس أهلا لتنجيز العتق ليس أهلا لتعليقه وحكما بعتقه لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده اهـ وقال الكمال فى باب التدبير لو قال العبد أو المكاتب اذا أعتقت فكل مملوك أملكه حر فعتق فملك مملوكا عتق بخلاف ما لو قال كل مملوك أملكه الى خمسين سنة فهو حر فعتق قبل ذلك فملكه لا يعتق عند أبى حنيفة وقالا يعتق اهـ فليتنبه له فانه دقيق (قوله فهو حر) كذا فى الهداية ولا حاجة الى لفظة فهو (قوله وقت الدخول) عدل الى لفظة وقت عن لفظة يوم ليفيد ان لفظ اليوم مراد به الوقت حتى لو دخل ليلا عتق ما فى ملكه لانه اضيف الى فعل لا يمتد وهو الدخول فى الملك

(قول المحشى قوله فهو حر) كذا بنسخته التى كتب عليها والنسخ التى بأيدينا ليس فيها لفظ فهو اهـ مصححه

(قوله كذا) اى يعتق من فى ملكه دون ما سيملكه اذا قال كل مملوك لى أو قال كل ما أملكه حر بعد غد فلا يتناول من يشتريه بعد الحلف لان قوله أملكه للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا وكذا و يراد به الحال ولذا استعمل له من غير قرينة وفى الاستقبال بقرينة السين أو سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك فى الحال مضافا الى ما بعد الغد ولا يتناول ما يشتريه بعد اليمين كذا فى الهداية وهو أحد المذاهب الثلاثة لاهل العربية اختاره صاحب الهداية لانه مذهب المحققين منهم كذا فى الفتح (قوله حيث يتناول العتق) اى فى صورة قوله كل مملوك لى أو أملكه حر بعد غد من ملكه مذ حلف فقط ولا يتناول من يشتريه بعده كما قدمناه (قوله والتدبير) اى فى صورة كل مملوك لى أو أملكه حر بعد موتى من ملكه مذ حلف فقط لا من ملكه بعد الحلف فالذى كان عنده مدبر مطلق لا يصح بيعه بعد هذا القول والذى يشتريه مدبر مقيد يجوز بيعه قبل موت سيده (قوله لان قوله كل مملوك لى للحال) قال الكمال ووجه كون كل مملوك لى حالا أن المختار فى الوصف من اسم الفاعل والمفعول ان معناه قائم حال التكلم عن نسب اليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه واللام للاختصاص أى لاختصاص من جرت معنى متعلقها اليه به أى بمعنى المتعلق وهو مملوك فلزم من التركيب اختصاص ياء المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال وهى أثر ملكه فيلزم قيام ملكه فى الحال ضرورة اتصافه بأثرها فى الحال والاثبت الاثر بلا مؤثر (قوله لكن بموته) أى موت المولى عتقا من ثلثه فان خرجا منه فبها وان ضاق عنهما ضرب كل منهما فيه بقيمته وهذا ظاهر المذهب عن الكل أى الامام وصاحبيه كما فى الفتح (قوله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يعتق من ملكه بعد اليمين) ليس الظاهر عنه بل رواية النوادر عنه نص عليه فى الهداية بقوله وقال ابو يوسف فى النوادر الخ وكذا فى الفتح بعد حكايته ما قدمناه من عتق الجميع فى ظاهر المذهب عن الكل فكان ينبغى للمصنف بيانه (قوله ولهذا صار من كان فى ملكه وقت اليمين مدبرا) أى فى الحال دون الآخر كما فى الفتح (قوله ولهما أن هذا) أى مجموع التركيب لا لفظ أملكه فقط كما فى بعض الشروح كذا فى الفتح (قوله والوصية انما تقع بعد الموت) أى انما تقع معتبرة فى التعليق بما بعد الموت لانه يعتبر فى الوصايا الحالة المنتظرة والحالة الراهنة حتى تعلقت بما كان موجودا وبما سيكون للموصى (قوله قيد بالذكر الخ) قال الكمال هذا بناء على ان لفظة مملوك اما الذات متصفة بالمملوكية وقيد التذكير ليس جزء المفهوم وان كان التأنيث جزء مفهوم مملوكة فيكون مملوك أعم من مملوكة فالتأنيث فيه عدم الدلالة على التأنيث لا الدلالة على عدم التأنيث وأما ان الاستعمال استمر فيه على الاعمية فوجب اعتباره كذلك اهـ

ملكه مملوك يوم حلفه فيبقى على ملكه حتى دخل لان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وهو حاصل فيهما (ولا يومئذ من له يوم حلفه فقط) أى ان لم يقل فى يمينه يومئذ بل قال ان دخلت الدار فكل مملوك لى حر لا يعتق من ملكه بعد اليمين لان قوله كل مملوك لى للحال والجزاء حرية المملوك فى الحال الا أنه بدخول الشرط عليه تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقى على ملكه الى وجود الشرط وهو الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد لعدم الاضافة الى الملك نحو ان ملكت أو سببه نحو ان اشتريت (كذا) أى اذا قال (كل مملوك لى أو) قال كل (ما أملكه حر بعد غد) وله فى الصورتين مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد (أو) قال كل مملوك لى أو أملكه حر (بعد موتى) وله مملوك فاشترى آخر حيث (يتناول) العتق والتدبير (من ملكه مذ حلف فقط) ولا يتناولان من يشتريه بعد اليمين لان قوله كل مملوك لى للحال وكذا كل مملوك أملكه ولهذا يستعمل فيه بلا قرينة وفى الاستقبال بقرينة السين أو سوف فينصرف مطلقه الى الحال فكان الجزاء حرية المملوك أو تدبيره فى الحال فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين (لكن بموته) أى بموت المولى (عتقا) أى من ملك بعد اليمين وقبله (من ثلثه) وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا يعتق من ملكه بعد اليمين لان اللفظ حقيقة للحال كما مر فلا يتناول ما سيملكه ولهذا صار من كان فى ملكه وقت اليمين مدبرا دون الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق بطريق الوصية حتى اعتبر من الثلث والوصية انما تقع بعد الموت ويكون المقصود منها حال الموت ألا يرى ان من أوصى بثلث ماله وليس له مال أو كان له مال واستحدث غيره تناولهما اذا بقيا فى ملكه الى الموت (المملوك) أى لفظ المملوك (لا يتناول الحمل) لان متناوله المملوك المطلق والحمل مملوك تبعا للام ولهذا لم يصح اعتاقه عن كفارة اليمين ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس لا الاعضاء (فلا يعتق حمل جارية من قال كل مملوك لى ذكر فهو حر) قيد بالذكر لانه لو أطلق عتقت الام فيعتق الحمل تبعا (و) المملوك

(قوله ولا المكاتب) قال الكمال خلافا لزفر ولا يدخل المملوك المشترك كالجنين الا ان يعينهم ولا عبيد عبده التاجر وهو قول ابي يوسف الا ان ينويهم سواء كان على العبد دين أم لم يكن وفي قول محمد يعتقون نواهم أو لا ان لم يكن عليه دين أو لا وعلى قول ابي حنيفة ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهم اهـ والله أعلم بالصواب {باب العتق على جعل}

(قوله الجعل ما يجعل للانسان الخ) كذا الجعيلة (قوله وكذا الجعالة بالكسر) كذا في الصحاح وفي ديوان الادب بالفتح فيكون فيه وجهان كذا في الفتح وقال في البحر الجعائل جمع جعيلة أو جعالة بالحركات بمعنى الجعل كذا في المغرب والمراد هنا العتق على مال اهـ (قوله أعتق على مال أو به فقبل العبد) يعني في مجلس علمه أو مجلسه بخلاف ما اذا علق عتقه بأدائه كما سنذكر وليس له القبول بعده ولا بد من قبوله الكل فلم يجز عند الامام في بعضه وقالا يجوز . ١٥ . ويعتق كله بالالف بناء على تجزي الاعتاق وعدمه كما في البحر (قوله لانه لما كان معاوضة المال بغيره شابه النكاح) أي في ان الجهالة اليسيرة مغتفرة (قوله بان قال مولاه ان أديت الى الف درهم فأنت حر) فيه تسامح لانه لا يقتضي الحصر بذلك اذ جميع أدوات الشرط كذلك وقيد الجواب بالفاء اشارة الى انه يتنجز عتقه اذا قاله بالواو أو لم يأت بحرف عطف لكونه ابتداء لا جوابا كما في البحر (قوله مأذون) لم يشترط قبوله هنا أي فيما اذا علق عتقه بادائه اذ لا يحتاج اليه ولا يبطل بالرد كما في التبيين بخلاف المسألة السابقة وهي ما اذا قال له أنت حر على الف (قوله بخلاف المكاتب الخ) بقي مسائل أخرى يخالف فيها المكاتب اذا مات العبد وترك مالا لا يؤدى منه عنه ولو مات السيد وفي يد العبد كسب يباع ولو كانت أمة وولدت لم يعتق ولدها تبعا ولو حط عنه المولى بعض البدل وأدى الباقي لا يعتق ويقتصر على المجلس ان علق بان فلو أعرض أو أخذ في عمل آخر فأدى لا يعتق وللمولى أخذ ما ظفر به من كسبه قبل أدائه واذا فضل عن بدله شئ بعد ادائه أخذه المولى كذا في فتح القدير وزاد صاحب البحر ما اذا قال سيده ان أديت الى الفا في كيس أبيض فأداها في أسود لا يعتق واذا قيد ادائه بشهر وأداه في غيره لم يعتق وفي المكاتب لا يبطل الا بالحكم أو التراضي ولو أمر غيره بالاداء فأدى لا يعتق اهـ (قوله ولو اجبر المولى على القبول) كذا في الهداية وهو المذكور في الايضاح وهو وجه الاستحسان والاوجه وذكر شيخ الاسلام انه لا يجب قبوله لان وجوب قبول الكل لتحقق شرط العتق وليس كذلك البعض ووجه الاستحسان دفع الضرر عن العبد لانه قد يعجز عن الاداء دفعة وما تحمل مشقة الاكتساب الا لذلك الغرض كذا في الفتح

(و) المملوك (لا) يتناول (المكاتب) أيضا لانه ليس بمملوك مطلقا لانه مالك يدا

{باب العتق على جعل}

هو بالضم ما يجعل للانسان من شئ على شئ يفعله وكذا الجعالة بالكسر (أعتق عبده (على مال أو به) بان قال أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم (فقبل العبد) (عتق) لانه معاوضة المال ولو بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومقتضى المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض كما في البيع فاذا قبل صار حرا (والمال) الذي شرط (دين) صحيح (عليه) لكونه دينا على حر (حتى يكفل به) ولو لم يكن صحيحا لما صحت الكفالة به (بخلاف بدل الكتابة) حيث لم تصح الكفالة به لانه يثبت مع المنافي وهو قيام الرق كما سيأتي والمال يتناول النقد والعرض والحيوان وان لم يعين لانه لما كان معاوضة المال بغيره شابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا علم جنسه ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة (المعلق عتقه بالاداء) بان قال مولاه ان أديت الى الف درهم فأنت حر (مأذون) أي عبد مأذون لا يعتق الا باداء المال (لا مكاتب) لانه صريح في تعليق العتق بالاداء واذا صار مأذونا لان المولى رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة لا التكدي فكان اذنا له دلالة (فجاز بيعه) أي اذا كان عبدا مأذونا معلقا عتقه بالاداء لا مكاتبا جاز للمولى أن يبيعه بخلاف المكاتب (ولا يكون) العبد (أحق بمكاسبه) حتى جاز للمولى أخذها منه بلا رضاه بخلاف المكاتب (ولا يسري) أي حكمه (الى) الولد (المولود قبل الاداء) كما يسري في المكاتب (وعتق) العبد (باداء كله) لوجود المعلق به (ولو) كان اداؤه (بالتخلية) بينه وبين المولى يعني ان العبد اذا احضر المال بحيث يتمكن المولى من قبضه وخلى بينه وبين المال أجبره الحاكم ونزله قابضا وحكم بعتق العبد قبض أو لا (وبعضه لا) أي باداء بعض المال لا يعتق لانتفاء المعلق به (ولو اجبر) المولى (على القبول) اعتبارا للبعض بالكل (فان كان) المال الذي أداه (مما كسبه قبل التعليق رجع به المولى عليه) لانه

(قوله أو اداء المال بالمجلس) مصدر مضاف لمفعوله وفاعله العبد لاختصاص الاداء بنفسه لما قال في البحر عن المحيط لو امر غيره بالاداء فأدى لا يعتق لان الشرط أداؤه ولم يوجد فلا حاجة الى اداء غيره لانه قادر على ادائه بخلاف الكتابة

ملك المولى (ولو) كان مما كسبه (بعده) أي بعد التعليق (لا) يرجع لانه مأذون من جهته بالاداء منه (وعتق في حاليه) أي حال ادائه من كسبه قبل التعليق أو بعده لوجود الشرط (فان علق) المولى (بان) فقال ان أديت الخ (تقيد أداؤه) أي اداء العبد أو اداء المال (بالمجلس) فان أدى فيه عتق والافلا لانه تخيير كأمر في الطلاق (وباذالا) يتقيد به لانه يستعمل للوقت كمتى كأمر (قال) المولى (أنت حر بعد موتي بألف ان قبل) العبد (بعده) أي بعد موته (واعتقه الوارث عتق به) أي بالالف (والا) أي وان لم يقبل العبد العتق بالالف بعده أو قبل ولم يعتقه الوارث (فلا) أي لا يعتق بالالف وان جاز أن يعتقه الوارث مجانا اعتبر القبول بعد الموت لان ايجاب العتق اضيف الى ما بعد الموت ولا يعتبر وجود القبول قبل وجود الايجاب فصار كقوله أنت طالق غدا ان شئت حيث لا يعتبر مشيئتها قبل غد واعتبر اعتاق الوارث حتى ان العبد ان قبل بعد الموت لا يعتق مالم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق لان العتق ليس بمعلق بالموت ففي مثله لا يعتق الا باعتاق الوارث كما لو قال أنت حر بعد موتي بشهر بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط فيه اعتاق احد (حر) ه (على خدمته سنة فقبل عتق) لان الاعتاق على شيء يقتضي وجود القبول لا وجود المقبول كسائر العقود وصورته ان يقول اعتقتك على أن تخدمني كذا سنة وأما اذا قال ان خدمتني كذا مدة فأنت حر لا يعتق حتى يخدمه لانه معلق بشرط والاول معاوضة (ولزمته) أي لزمت الخدمة العبد اذ سلم له المبدل فلزم عليه تسليم البدل (فان مات هو) أي العبد (أو مولاه قبلها) أي قبل الخدمة (تجب قيمته عليه) وتؤخذ من تركته ان كان الميت هو العبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد عليه قيمة الخدمة في المدة (كبيع عبد منه بعين فهلكت) العين (تجب قيمته) أي قيمة العبد يعني ان هذه الخلافية مبنية على خلافية أخرى وهي ما لو قال لعبده بعت نفسك منك بهذه العين فهلكت العين تجب قيمة العبد عندهما وقيمة العين عند محمد له انه معاوضة مال بغير مال لان نفس العبد ليس بمال في حقه اذ لا يملك نفسه فصار كما لو تزوج امرأة على عبد فاستحق فانها ترجع عليه بقيمة العبد لا بقيمة البضع وهو مهر المثل ولهما انه معاوضة مال بمال لان العبد مال في حق المولى وكذا المنافع صارت مالا بايراد العقد عليها فصار كما لو اشترى اباه بامة فهلكت قبل القبض أو استحقت فان البائع يرجع عليه بقيمة الاب لا بقيمة الامة (قال) رجل لمولى أمة (اعتقها بالف على ان تزوجنيها ان فعل) أي اعتقها المولى (وأبت) أي امتنعت الامة عن النكاح (عتقت) الامة (ولا شيء عليه) أي على القائل لان اشتراط البدل على الاجنبي جائز في الطلاق لا العتاق كما مر (ولو ضم) القائل (عني) وقال

لانها معاوضة حقيقة فيها معنى التعليق فكان الاصل فيها المعاوضة وحصول البدل هو المقصود فيها (قوله واعتقه الوارث) كذا قال صاحب الهداية عن المشايخ لا يعتق مالم يعتقه الورثة وزاد غيره أو الوصي أو القاضي ان امتنعوا وتوقف عتقه على الاعتاق هو الاصح وقيل يعتق بلا اعتاق والوارث يملك عتقه تنجيزا وتعليقا والوصي يملكه تنجيزا فقط ولو أعتقه الوارث عن كفارة عليه وقع عن الميت لا عن الكفارة والولاء للميت لا للوارث من الفتح والبحر (قوله يعني ان هذه الخلافية مبنية على خلافية أخرى) قال الكمال ولا يخفى ان بناء هذه على تلك ليس بأولى من عكسه بل الخلاف فيهما معا ابتدائي اهـ (قوله وأما اذا قال ان خدمتني كذا مدة الخ) قدم المصنف انه ان علق بان تقيد أداؤه بالمجلس ولعل الفرق ان أداء المال ممكن في المجلس فيتقيد به والخدمة سنة لا يمكن تحصيلها فيه فلم يقتصر على المجلس ولو علقها بان فليتنظر (قوله وأبت) أي امتنعت الامة عن النكاح عتقت اشارة الى انه لا يجب عليها شيء ولا يلزمها تزوجه لانها ملكت نفسها بالعتق (قوله لان اشتراط البدل على الاجنبي جائز في الطلاق لا في العتاق) قال الكمال لان الاجنبي في الخلع كالمرأة لم يحصل لها ملك مالم تكن تملكه بخلاف العتق فانه يثبت للعبد فيه قوة حكمية هي ملك البيع والشراء وغير ذلك ولا يجب العوض الا على من حصل له المعوض اهـ (قوله كما مر) كذا في الهداية حيث قال وقد قررناه من قبل اهـ وقال الكمال يعني في خلع الاب ابنته الصغيرة لكنه لم يذكر ان اشتراط بدل العتق على الاجنبي غير صحيح اهـ

اعتقها عني بألف على ان تزوجنيها (قسم) الالف (على قيمتها ومهر مثلها فحصة القيمة عليه وحصة المهر تسقط) فما أصاب القيمة أداه الآمر وما أصاب المهر سقط لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء كما مر في آخر باب نكاح الرقيق فاذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجب عليه حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه حصة ما لم يسلم له وهو البضع ولم يبطل البيع باشتراط النكاح لانه يقتضي صحة العتق عنه فيكون مدرجا فيه فلا يراعى فيه شرائطه بل شرائط المقتضي وهو العتق كما تقرر في الاصول فلهذا وجب عليه حصته من الالف المسمى ولو كان فاسدا لوجب عليه القيمة فلو لم تأب الامة بل (تزوجت) من القائل (فمهرها حصة مهر المثل منه) اي من الالف وهو ثلث الالف (في صورتي الضم) اي ضم عني (وتركه) ولو اعتق امته على ان تزوجه نفسها فزوجته نفسها كان لها مهر مثلها عند ابي حنيفة ومحمد لان العتق ليس بمال فلا يصلح للمهر وعند ابي يوسف يجوز لانه صلى الله عليه وسلم اعتق صفية ونكحها وجعل عتقها مهرها قلنا كان النبي صلى الله عليه وسلم مخصوصا بالنكاح بغير مهر فان أبت فعليها قيمتها في قولهم جميعا وكذا لو اعتقت المرأة عبدا على ان يتزوجها فان فعل فلها مهر مثلها وان أبى فعليه قيمته

﴿باب التدبير﴾

هو لغة النظر في عاقبة الامر فكأن المولى نظر في عاقبة أمره فأخرج عبده الى الحرية بعده وشرعا يستعمل كل من لفظ التدبير والمدبر في المطلق والمقيد والظاهر ان اشتراكه بينهما معنوي لان اللفظي يحتاج الى تعدد الوضع وهو خلاف الظاهر فلا يصار اليه بلا دليل وليس فليس فلا بد ههنا من بيان ذلك المعنى المشترك أولا ثم تقسيمه الى ذينك القسمين وبيان أحكام كل منهما كما وقع ههنا حيث قلت (هو تعليق العتق بالموت) اي تعليق المولى عتق مملوكه بالموت سواء كان موته او موت غيره كما سيأتي في المدبر المقيد ثم قسمته الى قسمين وبينت أحكامهما ومما يؤيد كون اشتراكه معنويا قول الامام شمس الائمة في المبسوط التدبير عبارة عن العتق

(قوله قسم الالف على قيمتها ومهر مثلها) طريق القسمة ان تضم قيمة الامة الى مهر مثلها وتقسم عليهما الالف التي اشترطها الاجنبي فاما ان يتساوى القيمة ومهر المثل فيجب عليه نصف الذي سماه للولي ويسقط عنه النصف واما ان يتفاوتا بأن كان قيمتها مثلا ألفين ومهر مثلها ألفا فيجب للولي ثلث الالف ويسقط ثلثاها وهكذا مثل أن تكون قيمتها ثلاثة آلاف ومهرها ألفا فيجب ربع الالف كما يعلم بفتح القدير (قوله فلو لم تأب الامة فمهرها حصة مهر المثل منه) أي ويجب لها دون المولى لانه بدل بضعها وقد ملكته بالاعتاق (قوله وهو ثلث الالف) لا يكون لها ثلث الالف الا في صورة ما اذا كان قيمتها ألفين ومهر مثلها ألفا أما اذا تساوى القيمة ومهر المثل فيكون لها نصف الالف وان كان قيمتها ثلاثة آلاف ومهر المثل ١٧ ألفا وجب لها ربع الالف فلا يختص بما قيده المصنف فكان تركه مما ينبغي (قوله في صورتي الضم أي ضم عني وتركه) لكنه في صورة الضم يستحق المولى ما يخص القيمة ويسقط عن القائل في تركه الضم (قوله ولو اعتق أمته على أن تزوجه نفسها) شامل للمدبرة والمكاتبة دون أم الولد لان قوله فان أبت فعليها قيمتها في قولهم جميعا لا يشمل ام الولد لما قال في البحر عن الخانية أم الولد اذا اعتقها مولاها على أن تزوج نفسها منه فقبلت عتقت فان أبت أن تزوج نفسها منه لا سعاية عليها اهـ

﴿باب التدبير﴾

(قوله وشرعا يستعمل كل من لفظ التدبير والمدبر في المطلق والمقيد) خلاف ظاهر كلام عامة أئمتنا حيث قصروه شرعا على المدبر المطلق فلم يستعملوه في المقيد كما قال المحقق ابن الهمام التدبير شرعا العتق الموقع بعد الموت في المملوك معلقا بالموت مطلقا لفظا أو معنى اهـ ولما كانت عبارة المبسوط تخالف ذلك اعترضها الزيلعي والعيني حيث قالا بعد سياقهما قول الكنز هو تعليق العتق بمطلق موته أي موت المالك وفي المبسوط التدبير عبارة عن العتق الموقع في المملوك بعد موت المالك وما قاله الشيخ أي صاحب الكنز أحسن لان الثاني يرد عليه المدبر المقيد بأن قال ان مت من سفري أو مرضي هذا أو مرضي كذا ونحو ذلك مما ليس بمطلق واحترز الشيخ عنه بقوله بمطلق موته اهـ فهذا يوضح انه شرعا ليس الا للمطلق لان السببية في المقيد لم تنعقد في الحال للتردد في وقوع تلك الصفة ولا يثبت له حكم التدبير الا في آخر جزء من أجزاء حياة سيده لتحقق تلك الصفة فان ذاك يصير مدبرا ويذكر المصنف انه اذا انتفى معنى السببية لتردده بين الثبوت والعدم بقي تعليقا كسائر التعليقات (قوله سواء كان موته أو موت غيره) يعارضه قول صاحب البحر خرج بتعليقه بموته تعليقه بموت غيره كقوله ان مات فلان فأنت حر فانه لا يصير مدبرا أصلا لا مطلقا ولا مقيدا فاذا مات فلان عتق من غير شيء اهـ (قوله ومما يؤيد كون اشتراكه معنويا قول الامام شمس الائمة في المبسوط) علمت اعتراض الزيلعي والعيني عليه وان كلام صاحب الكنز أحسن فالاعتراض على الكنز وشارحه وصدر الشريعة غير مسلم

الواقع في المملوك بعد موت المالك فعلم من هذا ان قول الكنز هو تعليق العتق بمطلق موته وقول شارحه الزيلعي احترز الشيخ عن المدبر المقيد بقوله بمطلق موت المولى ولفظ الوقاية من أعتق عن دبر مطلقا وقول شارحه صدر الشريعة انما قال مطلقا احترازا عن المقيد ليس كما ينبغي نعم يرد على المبسوط أيضا ان قوله بعد موت المالك ليس كما ينبغي لخروج المعلق بموت الغير عن المقيد اللهم الا ان يقال كلامه مبني على الاعم الاغلب وما ذكر نادر الوقوع (وهو اما مطلق كاذا مت فأنت حر أو انت حر يوم أموت أو أنت حر عن دبر مني أو أنت مدبر او دبرتك أو) أنت (حر ان مت الى مائة سنة) أي ان مت من هذا الوقت الى مائة سنة (وغلب موته قبلها) بان يكون ابن ثمانين سنة مثلا فانه في هذه الصورة مقيد وفي المعنى مطلق لان الغالب ان يموت قبل هذه المدة ثم بين حكم المطلق بقوله (فلا يرهن ولا يخرج من الملك ببيع أو هبة أو نحوهما (الا بالاعتاق أو الكتابة) وعند الشافعي يجوز انتقاله من ملك الى ملك (ويستخدم ويستأجر) والامة توطأ أو تنكح والمولى أحق بكسبه وارشه ومهر المدبرة لبقاء الملك في الجملة (وبموته) أي موت المولى (يعتق) المدبر (من الثلث ويسعى في ثلثيه ان لم يترك) المولى (غيره) من المال (وله وارث) أي والحال ان للمولى وارثا (ولم يجزه) أي التدبير حتى لو لم يكن له وارث أو كان لكنه أجازه يعتق كله لانه في حكم الوصية فيقدم على بيت المال ويجوز باجازة الوارث (و) يسعى (في كله) أي كل قيمته (لو) كان المولى (مديونا) ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته (وولد المدبرة مدبر) لاجماع الصحابة ولانه يتبعها (واما مقيد) عطف على اما مطلق (كان مت في سفري هذا او مرضي هذا أو مات فلان أو مت الى سنة أو نحوهما) أي عشر سنين مثلا (مما يقع غالبا) هذه العبارة أحسن من عبارة الوقاية مما يمكن غالبا (فيباع ويوهب ويرهن) فان الموت على تلك الصفة ليس كائنا لا محالة فلا ينعقد سببا في الحال واذا انتفى معنى السببية لتردده بين الثبوت والعدم بقي تعليقا كسائر التعليقات فلا يمنع البيع ونحوه قبل وجود الشرط (ويعتق من الثلث ان وجد الشرط) لان الصفة لما صارت متعينة في آخر جزء من أجزاء الحياة أخذ حكم المدبر المطلق لوجود الاضافة الى الموت وزوال التردد (صحيح قال لعبده (أنت حر قبل موتي بشهر فمات بعد شهر عتق من كل ماله) يعني رجل صحيح قال لعبده هذا الكلام ثم مات بعد شهر قال بعضهم يعتق

(قوله نعم يرد على المبسوط أيضا ان قوله بعد موت المالك ليس كما ينبغي لخروج المعلق بموت الغير عن المقيد) الايراد ساقط بما نقلناه عن النهر ان المعلق عتقه بموت غير سيده ليس مدبرا أصلا (قوله أو انت حر يوم أموت) هذا اذا لم ينو النهار فقط اذ لو نواه دون الليل لا يكون مدبرا مطلقا لاحتمال أن يموت بالليل كما في التبيين (قوله أو أنت حر ان مت الى مائة سنة الخ) هذا عند الحسن بن زياد وقال ابو يوسف ليس بمطلق لان العبرة للتوقيت ١٨ ولا ينظر الى طول المدة أو قصرها كما في التوقيت في النكاح والمختار هو الاول كذا في التبيين وعليه مشى في الهداية وعلله بأنه كالكائن لا محالة اهـ وقال الكمال والمصنف أي صاحب الهداية كالمتناقض فانه في النكاح اعتبره توقيتا وأبطل به النكاح وهنا جعله تأبيدا موجبا للتدبير اهـ وقال صاحب البحر قد يجاب عنه بأنه في باب النكاح اعتبره توقيتا للنهي عن النكاح المؤقت فالاحتياط في منعه تقديما للمحرم على المبيح لان النظر الى الصورة يحرمه والى المعنى يبيحه وأما هنا فنظر الى التأبيد المعنوي ولا مانع منه فالاصل اعتبار المعنى ما لم يمنع مانع فلا تناقض ولذا كان هو المختار وان كان الولوالجي جزم بأنه ليس بمدبر مطلق تسوية بينه وبين النكاح اهـ (قوله لبقاء الملك في الجملة) فيه تأمل لعتقها بقوله كل مملوك لي حر (قوله ويسعى في كله لو مديونا) يعني مستغرقا رقبة المدبر اما لو كان دونه فانه يسعى في قدر الدين والزيادة على الدين ثلثها وصية ويسعى في ثلثي الزيادة كذا في البحر عن شرح الطحاوي وسيأتي في كلام المصنف بيان قيمة المدبر (قوله ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته) يعني لوجود العتق المعلق بوجود شرطه فلا يتوقف عتقه على أداء السعاية وتثبت له أحكام الاحرار ومن قال انه يبقى على حكم الارقاء الى أداء السعاية لم يحرر الحكم ولنا فيه رسالة سميتها ايقاظ ذوي الدراية لوصف من كلف السعاية من (قوله وولد المدبرة مدبر) يعني المدبرة تدبيرا مطلقا اما ولد المدبرة مقيدا فلا يكون مدبرا كما في الفتح (قوله لاجماع الصحابة) يعني الاجماع السكوتي كما في الفتح (قوله أو مات فلان) قدمنا انه لا يكون مدبرا أصلا بل معلقا عتقه بشرط (قوله ويعتق من الثلث ان وجد الشرط) شامل لتعليقه عتقه بموت فلان كما ذكره واذا مات فلان والسيد حي كيف يحكم بالعتق من الثلث

(قوله لان العتق على قول أبي حنيفة يستند الى أول شهر قبل الموت الخ) كذا علله الكمال ويوضحه ماقاله أي الكمال في باب الاستيلاد التدبير سبب للعتق في الحال وثبوت سببيته في الحال على خلاف القياس في سائر التعليقات لضرورة هي أن تأخيره كغيره من التعليقات يوجب بطلانه لان ما بعد الموت زمان زوال أهلية التصرف فلا يتأخر سببيته كلامه اليه فيتقدر بقدر الضرورة اه (قوله كذا في الخانية) نقله في البحر عنها أيضا ثم نقل عن المجتبى انه اذا مضى شهر فأكثر المشايخ على انه يجوز بيعه وهو الاصح اه وقال في البدائع ذكر في الجامع انه اذا مضى شهر قبل موت المولى لا يكون مدبرا ويجوز بيعه ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح وذكر وجهه قلت وينبغي تقييد صحة بيعه بأن يعيش المولى بعد البيع أكثر من شهر لينتفي المحل للعتق حال المدة التي يليها موت المولى تأمل (قوله ولو قال أنت حر بعد موتي بشهر فمات بعده) لفظة بعده زائدة

لا حاجة اليها (قوله بل يعتقه الوصي أو الوارث أو القاضي) أي بعد مضي المدة ويعتقه القاضي اذا امتنع الوارث (قوله قيمة المدبر المطلق نصف قيمته لو كان قنا) هو المختار كما في البحر عن الولوالجي واختاره الصدر الشهيد (قوله وقيل ثلثا قيمته لو كان قنا) هو المفتى به كذا في البحر أيضا

{ باب الاستيلاد }

سببه عند علمائنا الثلاثة ثبوت نسب الولد شرعا وقال زفر ثبوت النسب مطلقا سواء ثبت شرعا أو حقيقة فلو ملك من أقر بأمومة ولدها من زنا بها وصدقه مولاها لم تصر أم ولده عندنا وهو استحسان والقياس تصير وهو قول زفر بدليل انه لو ملك الولد عتق عليه بلا خلاف بين أصحابنا كما في البدائع (قوله هو لغة طلب الولد) أي مطلقا وأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب كما في الفتح (قوله وشرعا طلب المولى الولد من أمته) يشير الى أنه من الاسماء التي خرجت من العموم الى الخصوص كالتيمم والحج وانما قال من أمته وان كان حكم المشتركة ومن ولدت بنكاح فملكها كذلك نظرا للغالب ولحمل الحال على الصلاح لان أم الولد هي التي ثبت نسب ولدها من مالك كلها أو بعضها (قوله باقراره) شامل لاقرار المريض مرض الموت لكنها اذا لم يكن معها ولد ولا بها حبل منه تعتق من الثلث باقرار المريض كما في البحر (قوله لم تملك) قال الزيلعي أي لا يجوز تمليكها وهو الصواب خلاف قول المصنف أي لم تكن مملوكة ملكا تاما وان بقي فيها الملك في الجملة ويناقضه ما قدمه في كتاب الاعتاق ان الملك فيها كامل وهو الصواب وكما سيذكره في الايمان ان لفظ المملوك يتناول أم الولد فتعتق بقوله كل مملوك لي حر لثبوت الملك اه أي الملك الكامل لقول الزيلعي ان المطلق ينصرف الى الكامل وملكه كامل للمدبر وامهات الاولاد بخلاف المكاتب لان الملك فيه ناقص اه (قوله وحكمها كالمدبرة) منه أنها تعتق ببيعه نفسها منها كبيع العبد من نفسه كما في الفتح (قوله لكنها تعتق بموته من الكل) يعني الا اذا أقر بأنها أم ولده وليس معها ولد ولا بها حبل في مرض موته فانها تعتق من الثلث كما قدمناه (قوله فان ولدت ولدا آخر ثبت نسبه بلا دعوة اذ بدعوة الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت

من ثلث ماله وقال بعضهم يعتق من جميع ماله وهو الصحيح لان العتق على قول أبي حنيفة يستند الى أول شهر قبل الموت وهو كان صحيحا في ذلك الوقت كذا في الخانية (ولو مات قبله) أي قبل شهر (لم يعتق) لانه مدبر مقيد والقيد لم يوجد (ولو قال أنت حر بعد موتي بشهر فمات بعده) لا يعتق بالموت لعدم أهلية المولى للاعتاق عند وجود المعلق به (بل يعتقه الوصي أو الوارث أو القاضي) لانتقال الولاية بعده اليهم كذا في التحفة (قيمة) المدبر (المطلق نصف قيمته لو) كان (قنا والمقيد يقوم قنا) اختلفوا في قيمة المدبر قيل قيمته نصف قيمته لو كان قنا وقيل ثلثا قيمته لو كان قنا وقيل ينظر بكم يستخدم مدة عمره من حيث الحزر والظن فيجعل قيمته ذلك وقال الفقيه أبو الليث نصف قيمته لو كان قنا وهكذا ذكره الشيخ الامام المعروف بخواهرزاده لان للقن منفعتين منفعة البيع وما شاكلها من التمليك بالدين والامهار وغير ذلك والثانية منفعة الاجارة والاستخدام والتدبير فتفوت الاولى وتبقى الثانية فتكون قيمته نصف قيمته لو كان قنا ولو كان التدبير مقيدا يقوم قنا كذا في الخانية

{ باب الاستيلاد }

هو لغة طلب الولد وشرعا طلب المولى الولد من أمته بالوطء (أمة) مبتدأ خبره قوله الآتي لم تملك (ولدت من مولاها باقراره) أي باقرار المولى بان الولد منه (ولو) كان اقراره حال كونها (حاملا) بأن يقول حمل هذه الامة مني (أو) ولدت (من زوجها) بأن زوجها المولى من رجل فولدت منه (فاشتراها) الزوج (لم تملك) أي لم تكن مملوكة ملكا تاما وان بقي فيها الملك في الجملة (وحكمها) أي حكم المستولدة (كالمدبرة) وقد مر (لكنها) أي لكن الفرق بينهما ان المستولدة (تعتق بموته من الكل) والمدبرة من الثلث (ولم تسع لدينه) والمدبرة تسعى (فان ولدت ولدا آخر ثبت نسبه بلا دعوة) اذ بدعوة الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت

فراشا) كما فى الهداية وقال الكمال وبهذا تبين ان الاولى فى تعريف الفراش كون المرأة مقصودا من وطئها الولد ظاهرا كما فى أم الولد وهو الذى عرفوا به الفراش وظهر ان ليس الفراش ثلاثة كما تقدم فى فصل المحرمات بل فراشان قوى وهو فراش المنكوحة وضعيف وهو فراش أم الولد فانتفى ولدها بمجرد النفى وولد المنكوحة باللعان وقد صرح المصنف أى صاحب الهداية فيما تقدم ان الامة ليست بفراش لمولاها وذلك لعدم صدق حد الفراش عليها وهو كون المرأة معينة لثبوت نسب ما تأتى به أو كونها بقصد بوطئها الولد اه والذى تقدم فى المحرمات هو مثل ما فى البدائع الفراش ثلاثة قوى وهو فراش المنكوحة حتى يثبت النسب بلا دعوة ولا ينتفى الا باللعان وضعيف وهو فراش الامة حتى لا يثبت منه النسب الا بالدعوة والوسط فراش أم الولد حتى يثبت فيه النسب من غير دعوة وينتفى من غير لعان اه ومحل ثبوت نسب ولد أم الولد ما لم يعارضه مانع من حل وطئها لحرمتها المؤبدة بوطء مولاها أمها أو بنتها أو وطء ابنه أو أبيه لها أو حرمتها بارضاعها زوجته الصغيرة أو بكتابتها أو بتزويجها فلا يثبت نسب ولدها الا ان تأتى به لدون ستة أشهر من وقت ثبوت الحرمة كما فى الفتح (قوله ولكن انتفى بنفيه) يستثنى منه ما لو أعتقها فانه يثبت نسب ولدها الى سنتين من يوم الاعتاق كما اذا مات ولا يمكن نفيه لان فراشها تأكد بالحرية وفى المبسوط انما يملك نفى ولد أم الولد اذا لم يقض القاضى به أو لم يتطاول الزمان فأما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا يملك ابطاله والتطاول دليل اقراره لانه يوجد منه فيها دليل اقراره من قبول التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح باقراره واختلافهم فى التطاول سبق فى اللعان كذا فى الفتح (قوله لان هذا الظاهر) أى كون الولد منه بسبب ان الظاهر عدم زنا المسلمة يقابله أى يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين على ذلك وهما العزل أو عدم التحصين ولا شك فى أن كونه من غيره عند ضبطه العزل ظاهر وأما ظهور كونه من غيره اذا أفضى اليها ولم يعزل عنها محل نظر كذا فى الفتح (قوله وان زوجها فجاءت بولد فهو فى حكم أمه) اى فيمتنع منه لان الولد لو كان جارية لا يستمتع بها لانه وطئ أمها وهذه اجاعية قال الكمال وهى واردة على اطلاقه حيث قال هو فى حكم أمه اه والجواب عنه ظاهر (قوله والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له) تتمة عبارة الهداية وان كان النكاح فاسدا فانه ملحق بالصحيح فى حق الاحكام اه وهذا اذا اتصل به الدخول كما فى الفتح (قوله ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه) أى وقد جاءت به لستة أشهر فما فوقها اذ لو ادعاه السيد وقد جاءت به لدون ستة أشهر كان ولده بل لا يحتاج الى دعوته كما قدمناه ويظهر عدم صحة النكاح (قوله وتصير أم ولد له لاقراره) لم يستحسن هذا من صاحب الهداية لان الكلام فى تزويج أم الولد وانما يستحسن لو كان فى تزويج الامة التى ليست أم ولد كالصورة المذكورة فى المبسوط زوج أمته من عبده فولدت الخ قاله الكمال (قوله واذا مات المولى عتقت من جميع المال) كان ينبغى عدم ذكره لانه قدمه متنا وليس من تعلق السابقة خاصة فى كلام الهداية بل حكم لام الولد فى حد ذاتها ولذا قال الكمال عتقت يعنى أم الولد اه (قوله والا تسعى فى قيمتها) قال فى الهداية ومالية أم الولد يعتقدها الذمى متقومة وتترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن متقومة فهى محترمة اه وهو جواب عن سؤال يرد على قول الامام بنفى مالية أم الولد اه وقيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة كذا فى الفتح (قوله وعتقت بعدها) قال الزيلعى ولا ترد الى الرق لو عجزت نفسها والمدبر اذا أسلم كأم الولد اه وقال زفر تعتق للحال والسعاية دين عليها واذا مات مولاها عتقت وسقطت عنها السعاية لانها أم ولد له كذا فى الفتح

فراشا كالمنكوحة ولهذا الزمها العدة بثلاث حيض بعد العتق (و) لكن (انتفى بنفيه) لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفى الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذى ذكر حكم القضاء وأما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعى لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها أو لم يحصنها جاز له أن ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر وان زوجها فجاءت بولد فهو فى حكم أمه لان حق الحرية يسرى الى الولد كالتدبير والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه ويعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من جميع المال كذا فى الهداية (أم ولد الذمى اذا أسلمت عرض عليه الاسلام فان أسلم فهى له والا تسعى فى قيمتها وعتقت بعدها) أى بعد السعاية (ادعى ولد أمة مشتركة بينه وبين آخر (ثبت نسبه منه) لان النسب اذا ثبت منه فى نصفه لمصادفته ملكه ثبت فى الباقى ضرورة انه لا يتجزأ لما ان سببه وهو العلوق لا يتجزأ اذ الولد الواحد

(قوله وعند أبي حنيفة يصير نصيبه أم ولده) اشارة الى أن الاستيلاد يتجزأ عنده لا عندهما الا أنه قد يتكامل عند وجود سبب التكامل وشرطه وهو امكان التكامل وقيل انه لا يتجزأ عنده أيضا لكن فيما يحتمل نقل الملك فيه وأما فيما لا يحتمل فهو متجزئ عنده كذا في البدائع (قوله لانه قابل للتمليك) عبارة الزيلعي للتملك اه وقال الكمال تعليل تملك نصيب شريكه بأنه قابل للتملك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل يقال سافر للتجارة والعلم ولو قيل لامن الطريق عد جنونا اه (قوله اذ لم يحصل لها من أسباب الحرية شئ كالتدبير وغيره) يعني قبل تملكه (قوله وتعتبر قيمتها يوم العلوق) كذا العقر كما في الفتح (قوله بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه) يشير الى أنه لا فرق في ضمان نصف القيمة والعقر بين ما لو كان الشريك أجنبيا وبين ما لو كان أبا والفرق بين استيلاد الاب لها ولا ملك له فيها وبين كونه شريكا لابنه فيها انها اذا لم يكن له فيها ملك مست الحاجة الى اثبات الملك فيها سابقا على الوطء نفيا له عن الزنا فلا عقر واذا كان له فيها ملك كفى لذلك ٢١ فعليه نصف العقر كذا قيل (قوله وان ادعياه معا فهما) هذا اذا لم يكن مع أحدهما مرجح فلو ترجح أحدهما لم يعارضه المرجوح فيقدم الاب على الابن والمسلم على الذمي والحر على العبد والذمي على المرتد والكتابي على المجوسي والعبرة لهذه الاوصاف وقت الدعوة لا العلوق كما في غاية البيان وقيد بكونهما اثنين للاختلاف فيما زاد عليهما فعند أبي حنيفة يثبت النسب من المدعين وان كثروا وقال أبو يوسف يثبت من اثنين لا من ثلاثة وعند محمد يثبت من ثلاثة لا غير وقال زفر يثبت من خمسة فقط وهو رواية الحسن بن زياد عن الامام ولو تنازع فيه امرأتان قضى به بينهما وعندهما لا يقضى للمرأتين وتمام التفريع في البحر (قوله وانما يختلف في حق وجوب العقر) كذا يختلف في كونها تصير أم ولد لهما فلا تصير المشتراة حبلى أم ولد لهما بادعائهما ولدها لان هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة بخلاف دعوة الاستيلاد فان شرطها كون العلوق في الملك كما في الفتح (قوله وضمان قيمة أم الولد) صوابه قيمة الولد باسقاط لفظة أم كما هي عبارة الزيلعي وغيره لانه هو محل الاختلاف حتى تفرع عليه ضمان نصف قيمة الولد بادعاء أحد الشريكين وقد اشترياها حبلى بخلاف ما اذا حبلت في ملكهما فادعاه أحدهما فانه لا يلزمه نصف قيمة الولد (قوله ويثبت لكل منهما فيه الولاء) يعني اذا ادعياه معا (قوله لانه تحرير على ما عرف) يعني من أن هذه دعوة عتق فيعتق مقتصرا على وقت الدعوة لا دعوة استيلاد لان شرطها العلوق في الملك وهو منتف كما قدمناه (قوله وورثا منه ارث أب) يفيد أنه اذا مات أحدهما فالولد يحوز جميع ميراثه للباقي منهما وان الولاية عليه في التصرفات المالية مشتركة وهذا عندهما وعند أبي يوسف ينفرد كما في الخانية وأما ولاية الانكاح فلكل منهما الانفراد قال الزيلعي النسب وان كان لا يتجزأ لكن يتعلق به أحكام متجزئة كالميراث والنفقة والحضانة والتصرف في المال وأحكام غير متجزئة كالنسب وولاية الانكاح وصدقة فطره عند أبي يوسف على كل منهما صدقة تامة وعند محمد عليهما صدقة واحدة كذا في البحر

لا يعلق من ماء بين (وهي أم ولده) لان الاستيلاد لا يتجزأ عندهما وعند أبي حنيفة يصير نصيبه أم ولده ثم يتملك نصيب صاحبه لانه قابل للتملك اذ لم يحصل لها من أسباب الحرية شئ كالتدبير وغيره (وضمن نصف قيمتها) لانه تملك نصيب صاحبه حين استكمل الاستيلاد وتعتبر قيمتها يوم العلوق لان أمومية الولد تثبت من ذلك الوقت سواء كان موسرا أو معسرا لانه ضمان تملك بخلاف ضمان العتق كما تقرر في موضعه (و) نصف (عقرها) لانه وطئ جارية مشتركة اذ ملكه يثبت بعد الوطء حكما للاستيلاد فيعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه حيث لا يجب عليه العقر (لا قيمة ولدها) لانه علق حر الاصل اذ النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق والضمان يجب في ذلك الوقت فيحدث الولد على ملكه ولم يعلق شئ منه على ملك شريكه (وان ادعياه معا فهما) أي الولد ثابت النسب منهما ومعناه اذا حبلت في ملكهما وكذا اذا اشترياها حبلى لا يختلف في حق ثبوت النسب منهما وانما يختلف في حق وجوب العقر والولاء وضمان قيمة أم الولد حتى لا يجب على كل واحد منهما العقر لصاحبه لعدم الوطء في ملكه ويجب عليه نصف قيمة الولد ان كان المدعي واحدا ويثبت لكل واحد منهما فيه الولاء لانه تحرير على ما عرف وانما كان منهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق فيستويان فيه (وهي أم ولدهما) لصحة دعوة كل منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعا لولدها (وعلى كل) منهما (نصف عقرها) قصاصا بماله على الآخر (ويرث) الابن (من كل) من الشريكين (ارث ابن) كامل لانه اقرار بميراثه كله وهو حجة في حقه (وورثا منه ارث أب) واحد لاستوائهما في السبب كما اذا أقاما البينة على البنوة (ادعى ولد أمة مكاتبه) يعني اذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه (وصدقه) أي المكاتب المولى (لزمه عقرها) لانه وطئ بغير نكاح ولا ملك يمين وقد

سقط عنه الحد للشبهة (و) لزمه (نسب الولد) لتصادقهما على ذلك فصار كما لو ادعى نسب ولد جارية الاجنبي فصدقه (وقيمته) أي قيمة الولد لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض بكونه رقيقا فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه كما ان المغرور اعتمد دليلا وهو الملك ظاهرا وان لم يكن حقيقة (لا الامية) إذ لا ملك له فيها حقيقة وماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد فلا حاجة الى النقل وتقديم الملك بخلاف امة الابن اذ ليس للاب فيها حقيقة الملك ولا حقه وانما له حق التملك وهو غير كاف لصحة الاستيلاد فاحتجنا الى نقلها الى ملك الاب ليصح الاستيلاد (وان لم يصدقه) أي المكاتب المولى في دعوته (فلا يثبت نسبه) اى نسب الولد منه وقال أبو يوسف يثبت لان الجارية كسب كسبه فصارت كجارية الابن بل أولى لان للمولى في المكاتب ملك الرقبة بخلاف الابن وجه الفرق أن للاب أن يتملك مال ابنه اذا احتاج اليه ولهذا لا يجب عليه عقرها ولا قيمة الولد وتصير أم ولد له وليس للمولى أن يتملك مال مكاتبه لانه بالعقد حجر على نفسه وألحقها بالاجنبي ولهذا يجب عليه عقرها وقيمة ولدها ولا تصير أم ولد له فيشترط تصديقه بخلاف ما اذا وطئ المكاتبة فجاءت بولد فادعاه حيث يثبت نسبه منه ولا يشترط تصديقها لان رقبتها مملوكة له (الا اذا ملكه) أي الولد (يوما) فحينئذ يثبت نسبه منه وتصير أمه أم ولد له أيضا اذا ملكها لان الاقرار باق وهو الموجب وزوال حق المكاتب وهو المانع (وطئ جارية امرأته أو والده أو جده فولدت وادعاه لا يثبت النسب ويدرأ عنه الحد) للشبهة (فان قال أحلها الى المولى لا يثبت النسب الا أن يصدقه) أي المولى (فيه وفي ان الولد منه) ولو صدقه في أحدهما فقط لا يثبت النسب (وان كذبه المولى ثم ملكها يوما ثبت النسب) لبقاء الاقرار كما مر كذا في الخانية

كتاب الكتابة

أورده ههنا لان الكتابة من توابع العتق كالتدبير والاستيلاد (هي) لغة الضم والجمع ومنه الكتيبة للجيش العظيم والكتب لجمع الحروف في الخط وشرعا (جمع حرية الرقبة مآلا مع حرية اليد حالا) فان المكاتب مالك يدا ومملوك رقبة وسيأتي بيانه (وركنها الايجاب والقبول) كأن يقول لعبده ان أديت الى ألفا فأنت حر أو كاتبتك على ألف فقبل لانها معاوضة فلابد من الايجاب والقبول وشرطها كون البدل معلوما مالا كان أو عملا وأما كونه منجما أو مؤجلا فليس بشرط حتى تجوز الكتابة على المال الحال والمنجم وعند الشافعي لا تجوز الا مؤجلا بنجمين وحكمها في جانب العبد انتفاء الحجر وثبوت الحرية في حق اليد لا الرقبة حتى يكون أحق بمنافعه ومكاسبه لان الغرض من الكتابة وصول المولى الى بدلها والعبد الى الحرية بادائه وذا لا يتحقق الا بذلك وفي جانب المولى بقاء رقبة العبد على ملكه وثبوت

﴿كتاب الكتابة﴾ (قوله أورده ههنا الخ) قال في العناية ذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب العتق أنسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب ٢٢ كتاب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها املاك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذاتيات أولى من العرضيات اهـ (قوله وشرعا الخ) قال الزيلعي وسمى هذا العقد كتابة ومكاتبة لان فيه ضم حرية اليد الى حرية الرقبة أو لان كلا منهما يكتب الوثيقة وهو أظهر اهـ وفي البرهان معناه كتبت لك على نفسي ان تعتق مني اذا وفيت بالمال وكتبت لي على نفسك أن تفي بذلك أو كتبت عليك الوفاء بالمال وكتبت على العتق اهـ (قوله فان المكاتب مالك يدا) قال الكمال في أول باب التدبير لا معنى في التحقيق لقولهم المكاتب مالك يدا بل الواجب أن يقال ملكه متزلزل اذ لا شك في انه مالك شرعا لكنه بعرض ان يزول بتعجيز نفسه اهـ (قوله كأن يقول لعبده ان أديت الى ألفا فأنت حر) مناقض لما قدمه في باب العتق على جعل فانه قال المعلق عتقه بالاداء بأن قال مولاه ان أديت الى ألف درهم فأنت حر مأذون لا مكاتب فيجوز بيعه ولا يكون أحق بمكاسبه اهـ فكيف يجعله من صيغ المكاتبة وحكمهما متباين فتأمل (قوله وشرطها كون البدل معلوما) زاد الزيلعي كغيره وكون الرق في المحل اهـ ولم يتعرض المصنف لسببها وهو الرغبة في البدل عاجلا وفي الثواب آجلا ولا صفتها وهي مندوبة لمن علم فيه خيرا وندب حط شئ من بدلها والمراد بالخير ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق وان كان يضر بهم فالافضل أن لا يكاتبه وقيل خيرا أي وفاء وأمانة وصلاحا وقيل المال والخير يراد به المال قال تعالى ان ترك خيرا أي مالا وما تنفقوا من خير أي مال وهو أن يكون كسوبا يقدر على أداء البدل قاله الزيلعي

حق

(قوله اذا كاتب قنه) جرى على الغالب لانه لو كاتب نحو أم ولده صح والوصى والاب يصح منهما استحسانا عن الصغير بخلاف الاعتاق على مال كما سيذكره المصنف (قوله ولو صغيرا يعقل) احترز به عما لو كان لا يعقل فلا يصح اتفاقا الا أن يكون تبعا فلا تصح مكاتبة المجنون والصغير الذى لم يعقل ولو قبل عنه رجل ورضى المولى ولا يتوقف على اجازته بعد البلوغ فى الصحيح ويرجع الرجل بما أداه على المولى لانه لم يسلم العتق لعدم القبول من المكاتب وهو شرط منتف بانتفاء أهلية المكاتب له كما فى البدائع (قوله بمال) ليس قيدا احترازيا عن الخدمة لما سيأتى وقال محمد اذا كاتب عبده على ان يخدمه شهرا القياس لا يجوز والاستحسان يجوز كما فى الذخيرة (قوله أو مؤجل) هو أفضل كما فى السراج ٢٣ (قوله أو قال جعلت عليك ألفا تؤديه نجوما الخ) ذكره بعد قوله أو منجم ليفيد ثبوت حكم الكتابة بلفظها وبما يؤدى معناه ثم الكتابة اما عن النفس خاصة أو عنها وعن المال الذى فى يد العبد وكلاهما جائز ولو كان ما فى يده أكثر من بدلها وليس للمولى الا بدل الكتابة لا غير كما فى السراج (قوله وغرم المولى العقر ان وطئ مكاتبته) العقر اذا ذكر فى الحرائر يراد به مهر المثل واذا ذكر فى الاماء فهو عشر قيمتها ان كانت بكرا وان كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها كما فى الجوهرة ولو وطئ مرارا لا يلزمه الا عقر واحد ولو شرط وطأها فسدت الكتابة كما فى الدراية وتعتق باداء البدل ولا يثبت لها شئ من الاحكام المتعلقة بما قبل الاداء وهذا حكم الفاسدة بفوات شرط من شروط الصحة واما الباطلة وهى التى فاتها شرط من شرائط الانعقاد فلا يثبت بها شئ من الاحكام الا ان علق عتقه بأداء المال فيعتق به كسائر الشروط كذا فى البدائع (قوله لانها بعقد الكتابة خرجت من يد المولى الخ) قال فى البدائع لو وطئها المولى غرم العقر لها تستعين به على الكتابة لانه بدل منفعة مملوكة لها اه وقد قال فى البدائع قبل هذا ثم مال العبد ما يحصل بعد العقد بتجارة أو بقبول الهبة والصدقة لان ذلك ينسب الى العبد ولا يدخل فيه ما كان من مال المولى فى يد العبد وقت العقد لان ذلك لا ينسب الى العبد ولا يدخل فيه الارش والعقر وان حصلا بعد العقد و يكون للمولى لانه لا ينسب الى العبد اه فليتأمل وكذا قال الحدادى وأما ارش الجراحة والعقر فذلك لا يدخل وهو للمولى اه فلينظر فيه مع الزام المولى العقر بوطئها والارش بالجناية عليها (قوله بأن قال ان أديت الىّ قيمتك فأنت حر) قدمنا انه بمثل هذه الصيغة يكون مأذونا لا مكاتبا فليتأمل

حق المطالبة بعد لها متى شاء واسترداده الى ملكه اذا عجز (اذا كاتب قنه ولو صغيرا يعقل) البيع والشراء فانه اذا عقل كان من أهل القبول والتصرف نافع فى حقه فيجوز (بمال حال او مؤجل) بسنة أو سنتين مثلا (أو منجم) اى مؤقت بأزمنة معينة أخذه من التوقيت بطلوع النجم ثم شاع فى مطلق التوقيت (أو قال جعلت عليك الفا تؤديه نجوما أولها كذا وآخرها كذا فان أديته فأنت حر وان عجزت فقن وقبل) أى القن عطف على قوله كاتب شرط قبوله اذ يلزمه المال فلا بد من التزامه (صح) جواب اذا كاتب أى صح عقد الكتابة سواء عبر بلفظ الكتابة أو بما يؤدى مؤداه لوجود ركنه وهو الايجاب والقبول (وعتق) القن (ان أدى كله وان) وصلية (لم يقل اذا اديتها فأنت حر) لان موجب الكتابة هو العتق عند الاداء لانها تنبئ عن جمع حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء وفيه خلاف الشافعى (وخرج) عطف على صح وفرع له اى اذا صح عقد الكتابة خرج المكاتب (من يده) أى المولى لان مقتضى الكتابة مالكية اليد فى حق المكاتب ولهذا لا يكون للمولى منعه من الخروج الى السفر (لا) من (ملكه) لانه عقد معاوضة فيقتضى المساواة بين المتعاقدين وأصل البدل يجب للمولى فى ذمته بنفس العقد لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لانه ثبت فى ذمته مع المنافى اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا تصح الكفالة به فيثبت للعبد بمقابلته مالكية ضعيفة أيضا فاذا تم للمولى الملك بالقبض تم المالكية للعبد أيضا وتمام المالكية لا يكون الا بالحرية فيعتق لضرورة المالكية فتحقق المساواة بذلك ابتداء وانتهاء (وعتق مجانا) اى بلا بدل (ان اعتق مولاه) لاسقاطه حقه (وغرم) المولى (العقر ان وطئ مكاتبته) أو أرش الجناية (ان جنى عليها أو على ولدها أو) مثل المال او قيمته ان جنى (على مالها) لانها بعقد الكتابة خرجت من يد المولى فصار كالاجنبى وصارت أحق بنفسها وولدها ومالها (اذا كاتب على قيمته) بان قال ان أديت الىّ قيمتك فأنت حر أو كاتبتك على قيمتك (أو) على (عين لغيره) بان قال كاتبتك على هذا العبد وهو لغيره هذا فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة انها تصح حتى اذا ملكها وسلمها عتق وان عجز رد الى الرق (تتعين بالتعيين) احترازا عن دراهم الغير ودنانيره فان الكتابة عليها جائزة لعدم تعينها (أو على مائة) من الدراهم أو الدنانير (ليرد مولاه) اليه

البضع ابتداء فألحقناها بالبيع فى شرط تمكن فى صلب العقد كما اذا شرط عليه خدمة مجهولة لانه فى البدل وبالنكاح فى شرط لم يتمكن فى صلبه هذا هو الاصل

﴿فصل فى تصرفات المكاتب﴾

(صح بيعه وشراؤه ولو بالمحاباة) فانها من صنيع التجار فان التاجر قد يحابى فى صفقة ليربح فى أخرى (وسفره وان شرط تركه) لانه شرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد ولا تفسد الكتابة بمثل هذا الشرط لانه ليس فى صلب العقد (وتزويج أمته) لانه يفيد المال وهو المهر (لا) تزويج (عبده) لانه تنقيص العبد وتعييبه وشغل ذمته بالمهر والنفقة (وصح كتابة رقيقه) لانه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج أمته (والولاء) أى ولاء الثانى (له) أى للاول (ان أدى) الثانى (بعد عتقه) أى عتق الاول لان العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له (والا) أى وان لم يؤده بعد عتقه بل قبله (فالولاء) أى مولى المكاتب الاول لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه فى الجملة فاذا تعذر اضافته الى المباشر لعدم أهليته أضيف اليه كما فى العبد المأذون اذا اشترى شيأ (وان أديا) أى المكاتبان بدلهما (جميعا معا فولاؤهما للمولى) ترجيحا للاصل (وان عجز الاول) عن أداء البدل ورد الى الرق ولم يؤد الثانى بدله (بقى الثانى مكاتبا) فان أدى البدل الى المولى عتق وان عجز رد الى الرق كالاول (لا التزوج) عطف على قوله بيعه أى لا يصح تزوجه (بلا اذنه) أى المولى (ولا التسرى) وهو اتخاذ السرية يعنى اشتراء جارية يستمتع بها وطئا (ولو به) أى باذن المولى (كذا المأذون والمدبر) وذلك لان مبنى التسرى على ملك الرقبة دون المتعة فالرقيق وان كان مكاتبا أو مأذونا أو مدبرا لا يملك شيأ من أحكام ملك المال لكون رقبته مملوكة ولا ينفع اذن المولى (ولا الهبة) ولو بعوض والتصدق الا بيسير والتكفل والاقراض واعتاق عبده ولو بمال وبيع نفسه أى العبد (منه) أى من العبد لان هذه تبرعات فلا يملكها المكاتب (الاب والوصى فى رقيق الصغير كالمكاتب) أى كل تصرف يملكه المكاتب فى عبده يملكانه فى رقيق الصغير وما لا فلا لانهما يملكان فيه تصرفا يحصل به المال للصغير كالمكاتب يملك كسب المال فحكمهما حكمه فيملكان كتابة عبده لا اعتاقه على مال وبيع عبده من نفسه ويملكان تزويج امته لا اعتاقها على مال

وهو ملك الحجر كما قال الزيلعى والكتابة معاوضة مال بغير مال فى الابتداء اذ البدل مقابل بفك الحجر ابتداء وهو ليس بمال اه ومثله فى العناية

﴿فصل فى تصرفات المكاتب﴾

(قوله صح بيعه وشراؤه) كذا اجارته واعارته وايداعه واقراره بالدين واستيفاؤه وقبول حوالة بدين عليه لا ان لم يكن عليه وله ان يشاركه عنانا لا مفاوضة لاستلزامها الكفالة وهو ليس من أهلها كما فى البدائع وذكر فيها حكم وصيته مبسوطا ٢٦ (قوله ولو بالمحاباة) يعنى اليسيرة لما قال قاضيخان ولا يحابى محاباة فاحشة كالعبد المأذون اه (قوله لانه ليس فى صلب العقد) يعنى ليس متمكنا فى صلبه لانه غير داخل فى احد البدلين لما قال فى العناية الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن فى صلب العقد وهو أن يدخل فى أحد البدلين كما اذا قال كاتبتك على ان تخدمنى مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط لا فى بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة اه (قوله وصح كتابة رقيقه) يعنى الذى لم يتكاتب عليه بقرابة الولاد (قوله وان لم يؤده بعد عتقه بل قبله فالولاء) قال الزيلعى ولا ينتقل عنه باداء الاول بعده لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق الى غيره اه (قوله وان أديا جميعا معا الخ) كذا فى البدائع (قوله أى لا يصح تزوجه) يعنى لا ينفذ تزوجه بلا اذن المولى (قوله والتصدق الا بيسير) يعنى من المأكول قال فى البدائع حتى لا يجوز له ان يعطى فقيرا درهما ولا يكسوه ثوبا وكذا لا يجوز له ان يهدى الا بشئ قليل من المأكول اه وقال فى الجوهرة ولا يهب ولا يتصدق الا باليسير يعنى كالرغيف ونحوه والبصل والملح ونحو ذلك اه وفى غير ذلك اذا وهبه أو تصدق به ثم عتق رد لانه حيث كانت الهبة والصدقة لان هذا عقد لا مجيز له حال وقوعه فلا يتوقف كذا فى البدائع (قوله والتكفل) أى لا بالنفس ولا بالمال لا باذن المولى ولا بغير اذنه لانها تبرع والمولى لا يملك كسب المكاتب (ولا فلا يصح اذنه بالتبرع به كذا فى البدائع وقال فى الجوهرة فان أذن له مولاه فى الكفالة فكفل أخذ به بعد العتق اه وقال شيخ مشايخنا المقدسى رحمهم الله فى شرحه نظم الكنز ولو كفل عن سيده صح لان بدل الكتابة عليه فلم يكن متبرعا اه ويعنى لو كان باذن المولى ليلتقى قصاصا بما أدى عن بدل كتابته (قوله الاب والوصى فى رقيق الصغير كالمكاتب) فيملكان كتابة عبده يعنى استحسانا واذا أقر الاب أو الوصى بقبض بدل الكتابة فان كانت ظاهرة بمحضر من الشهود يصدق ويعتق المكاتب وان لم تكن معروفة لم يجز اقراره بالعتق لانه فى الاول اقرار باستيفاء الدين فيصح وفى الثانى بالعتق وهو لا يصح كذا فى البدائع

(ولا يملك شيأ منهما مضارب وشريك) شركة مفاوضة أو عنان لانهما لا يملكان الا التجارة والتزويج والكتابة ليسا منها (ويتكاتب عليه بالشراء من بينهما ولاد) لان المكاتب أهل لان يكاتب وان لم يكن أهلا للعتق فيجعل كل منهم مكاتبا معه تحقيقا للصلة بقدر الامكان واقواهم دخولا الولد المولود فى كتابته ثم الولد المشترى ثم الابوان ولهذا يتفاوتون فى الاحكام فان المولود فى كتابته يكون حكمه كحكم ابيه حتى اذا مات أبوه ولم يترك وفاء سعى على نجوم ابيه والولد المشترى يؤدى بدل الكتابة حالا والا رد الى الرق والوالدان يردان الى الرق كما مات ولا يؤديان حالا ولا مؤجلا وانما كان كذلك لان الولد المولود فى الكتابة تبعيته ثابتة بالملك والبعضية الثابتة حقيقة وقت العقد والولد المشترى تبعيته ثابتة بالملك وبالبعضية بينهما حكما فى حق العقد لا حقيقة فى حقه اذ لا بعضية بينهما حقيقة بعد الانفصال والوالدان تبعيتهما باعتبار الملك لا البعضية فانهما ليسا بعض له فاختلفت الاحكام لذلك (لا غير ولو محرما كالاخ والعم) هذا عند أبى حنيفة وقالا يتكاتب عليه لان وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمية ولهذا يعتق على الحر كل ذى رحم محرم منه وتجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهبه لهم ولا يقطع يده اذا سرق منهم الى غير ذلك من الاحكام وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق ولهذا اذا اشترى امرأته لا يفسد نكاحه ويجوز دفع الزكاة اليه ولو وجد كنزا الا ان الكسب يكفى للصلة فى الولاد الا يرى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفى فى غيرهما حتى لا يخاطب الاخ بنفقة أخيه الا اذا كان موسرا والدخول فى الكتابة بطريق الصلة فيختص الوجوب بمحله (حتى جازله) أى للمكاتب (بيعهم) لانه لم يملكهم ليمتنع بيعهم (لكنه) اى المكاتب (اذا أدى البدل عتقوا) لان كسب المكاتب موقوف بين أن يؤدى فيتقرر له وبين أن يعجز فيتقرر للمولى وههنا تقرر له فعتقوا عليه (ولا سعاية عليهم) لانه صار كشراء القريب ابتداء (اشترى) المكاتب (أم ولده لو كانت (معه) اى مع ولدها (لم يجز بيعها) لان الولد لما دخل فى كتابته امتنع بيعه لما ذكر فتبعته أمه فامتنع بيعها لانها تبع له قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها (والا) أى وان لم يكن ولدها معها (جاز) اى بيعها عند أبى حنيفة وعندهما لا يجوز لانها أم ولده فلا يجوز بيعها وله أن القياس جواز بيعها وان كان معها ولدها لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ أما اذا كان معها ولدها فيمتنع بيعها بتبعية الولد للحديث وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه (زوج) المكاتب (امته من عبده فكاتبهما فولدت منه) ولدا (دخل) أى الولد (فى كتابتها وكسبه لها) لان تبعية الام أرجح ولهذا يتبعها فى الحرية والرق كما مر (مكاتب او مأذون نكح بالاذن حرة) لا فى الواقع بل (بزعمها) حيث قالت أنا حرة (فولدت المنكوحة) ولدا (فاستحقت فولدها عبد) عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد حر بالقيمة لانه شارك الحر فى سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور فانه لم يرغب فى نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما انه ولد بين رقيقين فيكون

(قوله ولا يملك شيأ منهما) أى التزويج والكتابة (قوله ويتكاتب عليه بالشراء من بينهما ولاد) هم الاصول وان علوا والفروع له وان سفلوا (قوله ولهذا يتفاوتون فى الاحكام) منها ان المولى لا يطالب من دخل فى الكتابة تبعا بل مقصودا ولا يطالب التبع حال قيام المتبوع (قوله والوالدان يردان الى الرق كما مات ولا يؤديان حالا ولا مؤجلا) كذا فى التبيين والعناية ويخالفه ما قال فى البدائع اذا مات المكاتب من غير مال يقال للولد المشترى أو للوالدين اما أن تؤدوا الكتابة حالا والا رددناكم فى الرق بخلاف الولد المولود فى الكتابة اهـ لكن ينتفى المخالفة بحمل ما فى البدائع على قول الصاحبين ويحمل غيره على قول الامام كما صرح به فى مختصر الظهيرية وسنذكره (قوله وقالا يتكاتب عليه) أى ويسعى على نجومه عندهما كما فى الخانية (قوله زوج المكاتب امته من عبده) هكذا فى غير ما كتاب مع ما تقدم من ان المكاتب لا يزوج عبده فليتأمل وقد يقال انه لا منافاة لان تزويج المكاتب أمته من عبده ليس مفيدا لصحة عقده وملكه اياه وما ذكر من انه لا يزوج عبده عام غير انه ان زوج عبده من أمته وان لم يملكه لا يمنع ثبوت النسب ودخول الولد فى كتابة امه فان النسب يثبت للشبهة كالنكاح الفاسد وكما أن المكاتب لا يملك التسرى ومع ذلك لو وطئ أمة اشتراها فادعى ولدها ثبت نسبه منه ويكون كسبه له دون أمه كما فى غاية البيان وهنا كسبه لامه لكونه جزأ لها كما ذكره المصنف وليس تزويج المكاتب عبده كتزوجه يكون موقوفا اذ لا مجيز له حال صدوره وتزوجه هو له مجيز وهو المولى الحر فصار تزويجه كهبته الكثير وفى غاية البيان هبته وصدقته غير اليسير لا تصح فيستردها بعد عتقه اذ لا مجيز لهما حال الهبة والصدقة

رقيقا وقد مرّ مرارا ان الولد يتبع الام فى الرق والحرية لكن ترك هذا الاصل فى المغرور باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم وهذا ليس فى معناه ليلحق به لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فبقى على الاصل ولم يلحق به (وطئ المكاتب أمة اشتراها فاسدا فردت) على مولاها (او) اشتراها شراء (صحيحا فاستحقت ضمن عقرها حالا) اى يؤخذ حال الكتابة (كالمأذون بالتجارة) فانه اذا فعل هكذا يضمن عقرها حالا (نكحها بلا اذن فاستحقت ضمن) العقر (بعد عتقه) والفرق ان فى الاول ظهر الدين فى حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها اذ لولا الشراء لم يسقط الحد وما لم يسقط لا يجب العقر وفى الثانى لم يظهر فى حقه لان النكاح ليس من الاكتساب فلا يدخل فى الكتابة قال صدر الشريعة ولقائل أن يقول ان العقر ثبت بالوطء لا بالشراء والاذن بالشراء ليس اذنا بالوطء والوطء ليس من التجارة فى شئ فلا يكون ثابتا فى حق المولى أقول جوابه انا سلمنا ان العقر يثبت بالوطء لا بالشراء ابتداء لكن الوطء مستند الى الشراء اذ لولاه لكان الوطء حراما بلا شبهة فلا يثبت به العقر فيجب الحد فيكون الاذن بالشراء اذنا بالوطء والوطء نفسه وان لم يكن من التجارة لكن الشراء منها فيكون ثابتا فى حق المولى (للمولى أن يدبره) اى يجوز للمولى المكاتب أن يدبره (فان عجز بقى مدبرا والا سعى فى ثلثى قيمته أو ثلثى البدل بموته معسرا) يعنى أن المكاتب بعد التدبير مخير اما أن يعجز نفسه ويكون مدبرا أو يمضى على الكتابة فان مضى عليها فمات المولى ولا مال له سواه فهو بالخيار اما أن يسعى فى ثلثى قيمته أو ثلثى بدل الكتابة وانما قال معسرا لانه اذا مات موسرا بحيث يخرج المدبر من ثلثه فانه يعتق بالتدبير ويسقط عنه بدل الكتابة (ويستولدها) عطف على يدبره اى للمولى يجوز أن يستولد مكاتبته بان وطئها فولدت فادعى الولد فتصير أم ولد له (ومضت عليها أو عجزت وكانت ام ولد) اى خيرت بين ان تمضى على الكتابة وتؤدى البدل فتعتق قبل موت المولى وتأخذ العقر منه وبين أن تعجز نفسها فتعتق بعد موت المولى (ويكاتب) عطف على يدبره أو يستولدها اى للمولى ان يكاتب (أم ولده وعتقت بموته) لتعلق عتقها بموته (مجانا) اى سقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجابه العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه (ومدبره) عطف على أم ولده اى يجوز له ان يكاتب مدبره (وسعى فى ثلثى قيمته أو كل البدل بموته) اى مولاه (معسرا) هذا عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يسعى فى الاقل منهما وعند محمد يسعى فى الاقل من ثلثى القيمة أو ثلثى البدل والخيار وعدمه فرع التجزى وعدمه كما مر (ويصالح) المولى (مع مكاتبه من الفين

(قوله لان حق المولى) اى مولى الامة التى ظهرت مستحقة هناك الاشارة الى مسئلة الحر المغرور (قوله وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق) الزام لمحمد رحمه الله بما يقوله من ان القيمة لازمة للمغرور بعد حريته كما صرح به فى شروح الجامع الصغير من ان قيمة الاولاد عنده اى محمد يتأخر اداؤها الى ما بعد العتق فكان المانع عن الحاقه بالحر موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق بالتأخير الى ما بعد العتق

(قوله فبقى) اى الولد على الاصل فى تبعية الام فى الرق أو فى المكاتب على الاصل وهو رق ولده لرق أمه ولم يلحق اى المكاتب ولا المأذون به اى بالحر فلا يكون ولده حرا بالقيمة فى هذه الصورة (قوله أو اشتراها شراء صحيحا فاستحقت) الاستحقاق يمنع صحة الشراء فكيف يوصف الشراء بها فكان ينبغى أن يقال كما فى المواهب لو وطئ مشتراته فاستحقت أو ردت لفساد البيع الخ (قوله فيكون الاذن بالشراء اذنا بالوطء) غير مسلم فكان ينبغى تركه والاقتصار على ما ذكر قبله وبعده يوضحه ما فرق به فى العناية بان الكتابة أوجبت الشراء والشراء أوجب سقوط الحد وسقوط الحد أوجب العقر فالكتابة اوجبت العقر ولا كذلك النكاح اه (قوله والا سعى فى ثلثى قيمته أو ثلثى البدل بموته معسرا) هذا عند أبى حنيفة لان الثلث مستحق بالتدبير المتأخر فيسقط به ثلث بدل الكتابة وعندهما اى أبو يوسف ومحمد عينا الاقل منهما للسعاية وهو الاظهر والخلاف هنا فى الخيار وأما المقدار فمتفق عليه وهو القول بالثلثين كما فى البرهان (قوله يجوز أن يستولد مكاتبته) غير جيد فان مراده بالجواز الصحة لا الحل لانه قدم فى ثبوت النسب انه لا يحل للمولى وطء مكاتبته وبه صرح الاكمل وغيره فلو قال كالكنز ولدت مكاتبة من سيدها الخ لتخلص عن هذا (قوله فتصير أم ولده) مني وان لم تصدقه لانها مملوكة له رقبة كما فى التبيين لكنها لو ولدت ولدا آخر حال كتابتها لم يثبت نسبه من غير دعوة لحرمة وطئها عليه واذا ماتت من غير وفاء سعى هذا الولد فى بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية كما فى التبيين (قوله وتأخذ العقر منه) كذا فى التبيين وهو ظاهر فيما اذا أقر بوطئها حال كتابتها أما لو جاءت بالولد دون ستة أشهر من الكتابة ولم يقر بالوطء بعد الكتابة لا يتوجه استحقاقها العقر عليه فلينظر

مؤجل على ألف حال) والقياس ان لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل بالمال وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به وبدل الكتابة ليس بمال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا (مات مريض كاتب عبده) في مرضه وليس له مال سوى العبد (على ضعف قيمته) بان كان قيمته الفا فكاتبه على ألفين (بأجل وردّ ورثته) هذا التصرف (أدى) أي المكاتب (ثلثي البدل حالا وباقيه مؤجلا او استرق) يعني ان العبد مخير بين أن يؤدي ثلثي البدل حالا والباقي مؤجلا وبين أن يأبى فيسترق وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى أجله لان المريض ليس له التأجيل في ثلثي القيمة اذ لا حق له فيه وفيما وراءه يصح له الترك فيصح التأخير ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة وحق الورثة متعلق بالبدل فلا يجوز التأخير في ثلثيه (ولو) كاتبه المريض (على نصفها) اى نصف قيمته بأن كاتبه على ألف وقيمته ألفان (أدى ثلثيها حالا) وسقط الباقي من القيمة (او استرق) يعني انه مخير بين الامرين لان المحاباة وقعت في المقدار وفي التأخير فينفذ بالثلث لا الثلثين (حر كاتب عن عبد بألف وأدى الحر عتق) العبد (ولا يرجع) الحر (عليه وان قبل العبد فكاتب) صورته ان يقول حر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على اني ان اديت اليك ألفا فهو حر وكاتبه المولى على ذلك يعتق بأدائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك ألفا فهو حر فأدى لا يعتق قياسا لان الشرط معدوم والعقد موقوف والموقوف لا حكم له ويعتق استحسانا اذ لا ضرر للعبد الغائب في تعليق عتقه بأداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف على لزوم الالف ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع (كوتب عبد حاضر وغائب وقبل الحاضر العقد (فأي) منهما (أدى) البدل (قبل) المولى ذلك البدل (جبرا وعتقا) صورته رجل له عبدان قال له أحدهما كاتبني بألف عن نفسي وعن فلان ففعل وقبل الحاضر فالقياس ان يصح في حصة الحاضر ويتوقف في حصة الغائب على قبوله وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصيلا والغائب تبعا كأمة كوتبت دخل أولادها تبعا حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شيء فاذا صحت عن الحاضر فللمولى ان يأخذه بكل البدل لاصالته فأيهما أدى يجبر المولى على القبول اما الحاضر فلكون البدل عليه وأما الغائب فلانه ينال شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى تخليص دينه وان لم يكن الدين عليه (و) أيهما أدى (لم يرجع على الآخر لانه متبرع في حق الآخر (وقبول الغائب لغو) فلا يؤخذ بشيء لنفاذ العقد على الحاضر (فان حرره) أي أعتق المولى الغائب (سقط عن الحاضر حصته) من البدل لان الغائب دخل في العقد مقصودا فكان البدل منقسما عليهما وان

(قوله فلا يجوز التأخير في ثلثه) كذا بصورة افراد الثلث في النسخ وصوابه في ثلثيه بالتثنية والضمير المضاف الى الثلثين راجع للعتق والمراد بعدم الجواز عدم اللزوم فهو موقوف على اجازة الورثة لتعلق حقهم بالثلثين (قوله ولو كاتبه على نصفها) أي الى أجل ولم تجز الورثة أدى ثلثي القيمة حالا او رد رقيقا في قولهم جميعا (قوله فينفذ في الثلث لا الثلثين) أي صح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتأخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في حق التأخير كذا في العناية (قوله وان قبل العبد فكاتب) قال الزيلعي ولو قال العبد لا أقبله فأدى عنه الرجل الذي كاتب عنه لا يجوز لان العقد ارتد برده اه (قوله صورته الخ) انما صور بهذه لانه يعتق فيها العبد قياسا واستحسانا بأداء الحر القائل والا فقد قيل صورة مسألة الكتاب أن لا يذكر الحر في مكاتبته تعليق العتق على أدائه بل يكفي أن يقول كاتب عبدك فلانا على ألف درهم ولكنه يعتق استحسانا لا قياسا (قوله ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد) قيد به لانه قيل يرجع به على مولاه كما في التبيين (قوله لانه متبرع) يعني وقد حصل مقصوده وهو عتق العبد ولا بد من هذه الزيادة لانه اذا أدى بعض البدل يرجع بما أداه على المولى لعدم حصول مقصوده وهو العتق سواء أدى بضمان أو بغير ضمان واذا أدى كل البدل بضمان يسترد ما أداه لانه كان باطلا كما لو ضمن بدل الكتابة الصحيحة فأدى يرجع بما أداه فههنا أولى بخلاف ما اذا أداه بلا ضمان لا يرجع لانه تبرع به لتحصيل العتق وتم مراده كذا في التبيين (قوله كوتب عبد حاضر وغائب وقبل الحاضر) كان ينبغي أن يزيده صح (قوله لحاجته الى تخليص عينه) هو الصواب ووقع في بعض النسخ لفظ دينه بدل عينه وهو غلط (قوله وقبول الغائب لغو) كذا رده كما في التبيين (قوله فان حرره سقط عن الحاضر حصته) بخلاف ما اذا أبرأه أي المولى

الغائب أو وهبه مال الكتابة لا يصح لعدم وجوبه عليه ولو ابرأ الحاضر أو وهبه له عتقا جميعا كما فى التبيين (قوله كوتبت أمة وطفلان لها) اشارة الى ماذهب اليه بعض المشايخ رحمهم الله تعالى ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبى فانه استحسان لاقياس قال فى العناية وأرى انه الحق اهـ (قوله وفائدته انه اذا لم يأذن فله حق الفسخ) قال فى البدائع لانه يتضرر بالكتابة فى الحال وفى ثانى الحال لانه لا يجوز بيعه فى الحال لان نصفه مكاتب وفى ثانى الحال يصير مستسعى فكان له حق الفسخ والكتابة تحتمل الفسخ ولا يصح فسخه الا بقضاء القاضى أو برضا العبد فان لم يعلم حتى أدى العبد عتق نصفه ويرجع الشريك الذى لم يكاتب على شريكه بنصف ما أخذ لانه كسب عبد بينهما ويرجع الذى كاتب على العبد بما قبض شريكه منه لانه كاتبه على بدل ولم يسلم له فيرجع عليه الى تمام البدل وما يكون من الكسب فى يد العبد له نصفه بالكتابة ونصفه لشريكه الذى لم يكاتب هذا فى الكسب الذى اكتسبه قبل الاداء وما اكتسبه بعد الاداء فهو له خاصة لانه بعد الاداء يصير مستسعى وهو أحق بمنافعه ومكاسبه من السيد والقول له فيه لان الكسب حادث فيحال حدوثه الى أقرب الاوقات اهـ (قوله ولو قبض كله عتق نصيبه) اى القابض الذى أذنه شريكه فى مكاتبة نصيبه وليس له مشاركته فيما قبض ان كان أذن له بقبض البدل والا شاركه فيه كما تقدم (قوله وضمن للاول نصف قيمتها) يعنى حال كونها مكاتبة وهذا عند أبى يوسف لانه تملكه فى حال كتابتها وسواء كان موسرا أو معسرا لانه ضمان تملك وهو لا يختلف بهما وقال محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقى من بدل الكتابة لان حق الشريك فى نصف القيمة على اعتبار العجز عن الاداء وفى نصف بدل الكتابة على اعتبار الاداء والاقل متيقن فيجب كذا فى التبيين وقيمة المكاتب نصف قيمته قنا لانه حر يدا وبقيت الرقبة كذا فى الفتح واما (قوله وأى دفع اليها العقر صح لان الكتابة مادامت باقية الخ) كان الاولى فى التعليل أن يقول كما قال الزيلعى لانه حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها فاذا عجزت ترده الى المولى لظهور اختصاصه بها

لم يكن مطالبا به بخلاف الولد المولود فى الكتابة حيث لا يسقط عن الامة شئ من البدل بعتقه لانه لم يدخل مقصودا ولم يكن يوم العقد موجودا وانما دخل فى الكتابة تبعا وكذا ولدها المشترى (وان حرر) المولى المكاتب (الحاضر أو مات الحاضر) (سقط) حصة الحاضر (وأدى الغائب حصته حالا والا ردقنا) لما مر انه داخل فى العقد مقصودا بخلاف الولد المولود فى الكتابة حيث يبقى على نجوم والده اذا مات (كوتبت أمة وطفلان لها وقبلت فأى أدى لم يرجع وعتقوا) لما مر فى المسئلة الاولى

{باب كتابة العبد المشترك}

(أحد شريكى عبد أذن للآخر بكتابة حصته) أى حصة الآخر (بألف وقبضه) أى قبض الالف (ففعل وقبض بعضه فهو له) أى للقابض (ان عجز) المكاتب وقالا هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما فان الكتابة عندهما غير متجزئة فالاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل فالقابض اصيل فى البعض ووكيل فى البعض والمقبوض مشترك بينهما فبقى كذلك بعد العجز وعنده متجزئة فيكون الاذن مقتصرا على نصيبه وفائدته انه اذا لم يأذن فله حق الفسخ فبالاذن لا يبقى له ذلك واذنه لشريكه بالقبض اذن للعبد بالاداء اليه فيكون متبرعا فى نصيبه على القابض فيكون له (ولو) قبض (كله عتق نصيبه) أى القابض (مكاتبة لرجلين جاءت بولد فادعاه أحدهما ثم وطئ الآخر فجاءت بولد فادعاه فعجزت فهى أم ولد للاول) لان أحدهما لما ادعى الولد صحت دعوته لقيام ملكه فصار نصيبه أم ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر أمومية الولد على نصيبه كما فى المدبرة المشتركة واذا ادعى الآخر ولدها الثانى صحت دعوته أيضا لقيام ملكه ثم اذا عجزت جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين ان الامة كلها أم ولد للاول لان المانع من الانتقال قد زال ووطؤه سابق (وضمن) للآخر (نصف قيمتها) لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد (ونصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (وضمن شريكه عقرها) بالتمام لانه وطئ أم ولد الغير حقيقة فلزمه كمال العقر (وقيمة الولد) يعنى الولد الثانى (وهو ابنه) لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه وحر بالقيمة كما عرفت (وأى دفع اليها العقر صح) لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه (وان دبر الثانى ولم يطأها فعجزت بطل التدبير) لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز

وأما عنده فلانه بالعجز يتبين انه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب فانه يعتمد الغرور كما مر (وهي أم ولد للاول) لما مر انه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد (والولد له) لما مر ان دعوته صحيحة لقيام المصحح (وضمن لشريكه نصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ونصف قيمتها) لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة (فان حررها) يعني ان كانا كاتباها ثم حررها (أحدهما غنيا فعجزت ضمن المحرر نصف قيمتها لشريكه ورجع) الضامن به (عليها) عنده وعندهما لا يرجع وهذا مبني على ما مر ان الساكت اذا ضمن المعتق يرجع عنده لا عندهما (عبد لرجلين دبره أحدهما فحرره الآخر غنيا أو عكسا) أي حرره أحدهما غنيا ثم دبره الآخر (أعتق المدبر أو استسعى فيهما) أي في الصورتين (أو ضمن شريكه في الاولى فقط) وهي ما اذا دبره أحدهما أولا فانه اذا دبره أولا فالشريكه تضمينه أو اعتاق حصته أو الاستسعاء من العبد عند أبي حنيفة فاذا أعتق لم يبق له ولاية التضمين والاستسعاء وأفسد به نصيب المدبر فله ان يعتق أو يستسعي أو يضمن قيمته مدبرا وهي نصف قيمته قنا أو ثلثاها كما مر وبالضمان لا يملكه لانه لا ينتقل من ملك الى ملك وفي الصورة الثانية وهي صورة العكس اذا حرر الاول فللآخر الخيارات الثلاث عنده فاذا دبره لم يبق له ولاية التضمين بل ولاية الاعتاق أو الاستسعاء فولاية الاعتاق والاستسعاء ثابتة في الصورتين والتضمين يختص بالاولى وعندهما اذا دبره أحدهما فاعتاق الآخر باطل لان التدبير لا يتجزأ عندهما فملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته قنا موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار وان أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فيضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد ان كان معسرا لان هذا ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار

﴿باب الموت والعجز﴾

(مكاتب عجز عن نجم) النجم الطالع ثم سمي به الوقت لانه يعرف به ثم سمي به ما يؤدى فيه الاسة بينهما (لو) كان (له مال سيصل لم يعجزه الحاكم) أي لم يحكم بعجزه (الى ثلاثة أيام) نظرا للعاقدين فانها مدة ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء (والا) أي وان لم يكن له وجه سيصل (عجزه) هذا عندهما وعند ابي يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان (وفسخها) أي فسخ الحاكم الكتابة بعد عجز المكاتب (بطلب مولاه أو) فسخ مولاه (برضاه) أي رضا المكاتب وان لم يرض به العبد فلا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا كما في الرجوع عن الهبة وفي بعض الروايات ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضاه كما اذا وجد المشتري عيبا قبل القبض فانه ينفرد بالفسخ كذا في الكافي اعلم ان حكم الكتابة الفاسدة ان يكون للمولى حق الفسخ واعادته الى الرق من غير رضا العبد وللعبد ان يفسخ في الجائزة والفاسدة بغير رضا المولى كذا في العمادية (وعاد رقه) لانفساخ الكتابة (وما في يده) من الاكساب (لمولاه) اذ ظهر انه كسب عبده (وان مات عن وفاء لم تفسخ) الكتابة وعند الشافعي تفسخ لفوات المحل ونحن

(قوله فعجزت ضمن المحرر نصف قيمتها لشريكه) يعني اذا اختار تضمينه وان شاء أعتق أو استسعى (قوله ورجع الضامن به عليها عنده) يعني ان شاء لانه قام مقام الساكت (قوله وعندهما لا يرجع) قال الزيلعي ويستسعيها الساكت ان كان المعتق معسرا اه يعني أو يعتق (قوله وهذا مبني على ما مر ان الساكت اذا ضمن المعتق يرجع عنده لا عندهما) لم يقدم المصنف رحمه الله تعالى ذلك بل سكت عنه وذكرته ثمة ووجه عدم الرجوع عليها عندهما انه ضمن حصة شريكه باعتاقه وهو فعله ولا يلزمها ضمان ما لزمه بفعله لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما

﴿باب الموت والعجز﴾

(قوله لانه عقد لازم تام) يعني في حق المولى أما في حق العبد فغير لازم نظرا له فيملك الفسخ من غير رضا مولاه كما في البدائع

نقول تستند الحرية الى ماقبل الموت (وقضى بدله منه وحكم بموته حرا والارث منه وعتق بنيه سواء ولدوا في كتابته أو شراهم حال كتابته أو كوتب هو وابنه صغيرا أو كبيرا معه) أي بكتابة واحدة فان كلا منهم يتبعه في الكتابة وبعتقه عتقوا (وان لم يترك وفاء فان ولد في كتابته يسعى على نجومه وبادائه حكم بعتق أبيه قبل موته وبعتقه) أي عتق الولد لانه داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء (ترك ولدا اشتراه فيها) أي في كتابته (أدى) الولد (البدل حالا أورد رقيقا) عنده وعندهما يؤديه الى أجله اعتبارا بالمولود في الكتابة وله ان الاجل ثبت شرطا في العقد فيدخل في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل اذ لم يضف اليه العقد ولم يسر حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل به وقتها فيسرى الحكم اليه واذا دخل في حكمه سعى على نجومه (ترك ولدا من حرة ودينا يفي بالبدل فجنى الولد وقضى به) أي بموجب الجناية (على عاقلة أمه لم يكن تعجيزا لابيه) لان هذا القضاء يقرر الكتابة لانها تقتضي الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وانما قال ودينا يفي لانه ان كان عينا لا يتأتى القضاء بالالحاق بالام لامكان الوفاء في الحال (وان اختصم قوم أمه وأبيه في ولائه فقضى به لقوم امه فهو تعجيز) لان معنى القضاء يكون ولاء الولد لموالي الام أن الاب مات رقيقا وانفسخت الكتابة فيكون القضاء في مجتهد فيه فينفذ وتنفسخ الكتابة (طاب لمولاه صدقة أداها اليه فعجز) يعني ان مولاه اذا لم يكن مصرفا للصدقة زكاة كانت أو غيرها فاذا أخذ المكاتب الزكاة مثلا لكونه من المصارف واداه الى المولى عن بدل الكتابة ثم عجز فظهر أن المولى أخذ الزكاة غنيا ومع ذلك يطيب له لانه أخذه عوضا عن العتق زمان الاخذ والعبد قد أخذه صدقة ومن الاصول المقررة ان تبدل الملك قائم مقام تبدل الذات أخذا من قوله صلى الله عليه وسلم لبريرة هي لك صدقة ولنا هدية (جنى) المكاتب (جناية أو جنايات خطأ كان عليه حالا) أي على المكاتب (في كسبه) لا على مولاه لان المكاتب مملوك للمولى رقبة وذاتا حر يدا وتصرفا فباعتبار انه مملوك رقبة يكون موجب جنايته على المولى وباعتبار انه حر يدا وكسبا يجب أن يكون موجب جنايته عليه لا على المولى فجعل موجب جنايته في كسبه حتى يكون موجب جنايته عليهما الا ان له احقاق أكسابه وقد تعذر دفعه بسبب الكتابة وهي حقه فاوجبت القيمة في مالهما (الاقل من قيمته ومن الارش) لان المكاتب عبد لكن تعذر دفعه بسبب الكتابة ولو كان ممكن الدفع يتخاص المولى بدفعه وان كان الارش أكثر من قيمة العبد

(قوله وعتق بنيه) لو قال ولده كالكنز لكان أولى ليشمل البنات (قوله وبادائه حكم بعتق أبيه قبل موته وبعتقه) كذا جعل العتق مستندا صاحب الكنز ويخالفه ما في الظهيرية اذا مات عن وفاء وادت كتابته يستند العتق الى آخر جزء من أجزاء حياته وان مات لا عن وفاء لكن ترك ولدا ولد في الكتابة وسعى على نجوم أبيه وادى لا يستند بل يقتصر على وقت الاداء اه وينظر الحكم فيما لو كان الولد صغيرا رضيعا ولم يصل ٣٣ لقدرة الكسب فيتأمل فيه (قوله ترك ولدا اشتراه فيها الخ) اشارة الى ان الوالدين ليسا كالولد فيباعان كسائر أكسابه وهذا عند أبي حنيفة وعندهما اذا مات المكاتب وترك ولدا مشترى أو أبا أو اما يسعى على نجوم المكاتب كالولد المولود في الكتابة كذا في مختصر الظهيرية (قوله لانه) أي المتروك ان كان عينا يعني يفي بالبدل لتعلله بامكان الوفاء في الحال (قوله فيكون القضاء في مجتهد فيه فينفذ وتنفسخ الكتابة) جواب عما قيل فسخ الكتابة مبنى على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفي صيانته بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس أحد البطلانين أرجح وأجيب بأن القضاء أولى لانه اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو مجمع عليه أولى من صيانة كتابة اختلف الصحابة في بقائها كذا في العناية (قوله طاب لمولاه صدقة أداها اليه فعجز) هذا بالاجماع وكذا يطيب للسيد ما يجده في يد عبده من الصدقة بعد العجز بالاجماع على الصحيح كما طاب ما أخذه الفقير صدقة ثم استغنى أو تركه لوارثه الغني وما أخذه ابن السبيل ثم وصل الى ماله كما في التبيين والبرهان (قوله ومن الاصول المقررة الخ) يشير الى انه لو لم يتبدل كما اذا أباح الفقير للغني او الهاشمي ما أخذه من الزكاة لا يحل او اباح ما اشتراه فاسدا لا يطيب بالاباحة ولو ملكه يطيب كما في التبيين (قوله الاقل من قيمته ومن الارش) هكذا ذكره الكرخي وغيره وقال في الهداية الجناية انعقدت موجبة للقيمة وهو يشير الى أن الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن ارش الجناية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي والمبسوط وعلى هذا يكون تأويل كلامه اذا كانت القيمة أقل من ارش الجناية كذا في العناية فليتدا

فاذا تعذر دفعه يتخلص بدفع قيمته كما فى المدبر (وان تكررت قبل القضاء لزمته قيمة واحدة) ولو جنى فقضى عليه ثم جنى أخرى يقضى عليه بقيمة أخرى لان جناية المكاتب لا تصير دينا الا بالقضاء او الصلح أو اليأس عن الدفع بان يعتق او يموت فيتوقف وجوب القيمة على ما يوجب تو كيدها باحد الاشياء الثلاثة (أقر بجناية خطأ لزمته فى كسبه) يعنى لو أقر المكاتب بجناية خطأ لزمته وحكم بها عليه لان جنايته مستحقة فى كسبه وهو احق باكسابه فينفذ اقراره كالحر واذا لم يحكم عليه حتى عجز بطلت كذا فى القاعدية (جنى عبد فكاتبه مولاه جاهلا) بجنايته (فعجز أو) جنى (مكاتب فلم يقض به) أى بموجب جنايته (فعجز دفع) المولى العبد الى ولى الجناية (أو فدى) لانه الموجب لجناية العبد فى الاصل ولم يكن عالما بالجناية حتى يصير مختارا للفداء لكن الكتابة مانعة للدفع فاذا زال المانع عاد الحكم الاصلى (وان قضى به عليه حال كونه مكاتبا فعجز بيع فيه) لانتقال الحق من رقبته الى قيمته بالقضاء (لا تنفسخ) أى الكتابة (بموت مولاه) لانها سبب الحرية وسبب حق المرء حقه (ويؤدى البدل الى ورثته على نجومه) لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير لكن الورثة يخلفونه فى الاستيفاء (فان أعتقه بعضهم لا يعتق) لانه لا يملكه فان المكاتب لا يملك بسبب من اسباب الملك والوراثة منها (فان أعتقوه عتق مجانا) والقياس ان لا يعتق وجه الاستحسان انه يجعل ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث فيكون الاعتاق منهم ابراء اقتضاء أو اقرارا بالاستيفاء منه فتبرأ ذمته فيعتق كما اذا أبرأه المولى عن بدل الكتابة كله وشرط أن يعتقوه فى مجلس واحد حتى لو اعتقوه كله متفرقا لم يعتق وقيل يعتق اذا اعتقه الباقون ما لم يرجع الاول (تحته) أى المكاتب (امة طلقها ثنتين) فحصلت حرمة غليظة (فملكها لا تحل له) أى لا يجوز له أن ينكحها (حتى تنكح) تلك المرأة زوجا (غيره) اى المكاتب لقوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فان النكاح ههنا محمول على العقد الصحيح واشتراط الدخول ثبت بحديث العسيلة كما تقرر فى موضعه

{ كتاب الولاء }

(هو) لغة من الولى بمعنى القرب وشرعا (قرابة حكمية حاصلة من العتق

(قوله وان تكرر قبل القضاء لزمته قيمة واحدة) فيه قصور لحكمه بلزوم القيمة واللازم الاقل منها ومن الارش وفيه نوع استدراك بقوله سابقا أو جنايات خطأ وكان يغنيه عن هذا أن يقول ثمة أو جنايات خطأ قبل القضاء الخ (قوله أو اليأس عن الدفع) اى دفع رقبته لرده الى الرق (قوله واذا لم يحكم عليه حتى عجز بطلت كذا فى القاعدية) قد أوهم المصنف وابعد لان المسئلة فى شرح المجمع وأما الايهام فلانها لا تبطل أصلا بل فى حق المولى للعود فى الرق ويؤاخذ بها بعد العتق عند أبى حنيفة خلافا لهما ونص شرح المجمع لو قتل خطأ فصالح على مال أو أقر به فقضى عليه بالقيمة ثم عجز أو أقر بقتل عمد ثم صالح ولم يؤد حتى عجز فهو مطالب بعد العتق عند أبى حنيفة وقالا مطلقا أى يطالب به فى الحال ويباع فيه بعده اه ومثله فى البرهان (قوله فان قضى به) اى بموجب الجناية وهو الاقل من قيمته ومن أرشها (قوله ويؤدى البدل الى ورثته على نجومه) هذا اذا كاتبه وهو صحيح ولو كاتبه وهو مريض لا يصح تأجيله الا من الثلث أى فيؤدى ثلثى البدل حالا والباقى على نجومه كما فى التبيين (قوله فيكون الاعتاق منهم ابراء اقتضاء) يشير الى عدم صحة ابراء بعضهم لان البراءة منهم جميعا لم تثبت الا اقتضاء فى ضمن العتق واذا لم يثبت المقتضى لا يثبت المقتضى وهو ابراء البعض كما فى البرهان (قوله فملكها لا تحل له) اى لا يجوز له أن ينكحها حتى تنكح زوجا غيره فيه نظر لانه اما أن يبقى على الكتابة حتى ملكها والمملوكة لا ينكحها مولاها وليس للمكاتب التسرى بها لعدم أهليته له واما أن يعتق قبل ملكها ثم ملكها والحكم فى عدم صحة نكاحها كذلك وتصحيح عبارة متنه أن يقال فملكها يعنى بعد عتقه لا يحل له اى وطؤها بملك اليمين حتى تنكح زوجا غيره اه ولكن يأباه قوله أى لا يجوز له أن ينكحها (قوله لقوله تعالى الخ) الاستدلال به قاصر لانه قدم ان المراد به الطلقة الثالثة فيحتاج الى أن يقال والثنتان فى الامة كالثلاث فى حق الحرة

{ كتاب الولاء }

(قوله هو لغة من الولى بمعنى القرب) ولذا يقال بينهما ولاء أى قرابة (قوله وشرعا قرابة حكمية حاصلة من العتق

أو الموالاة الأول) أي الولاء الحاصل من العتق يكون (لمعتق غير حربي) يعني لو
أعتق حربي في دار الحرب عبده لا ولاء له عليه حتى إذا خرجا إلينا مسلمين لا يرثه
خلافا لأبي يوسف كذا في الكافي وقال الزيلعي الذميون يتوارثون بالولاء كالمسلمين
لأنه أحد أسباب الإرث (ولو بتدبير أو كتابة أو إيلاد) أي جعل الأمة أم ولده (أو
ملك قريب) بأن يملك قريبه فإن كلا منها إعتاق يثبت به الولاء لقوله صلى الله عليه
وسلم الولاء لمن أعتق (وإن شرط عدمه) يعني لو أعتق المولى عبده وشرط أن لا يرثه
كان الشرط لغوا لكونه مخالفا لحكم الشرع فيرثه كما في النسب إذا شرط أنه لا يرثه
وأورد بأن الولاء بالتدبير أو الاستيلاد كيف يكون للمولى وأم الولد والمدبر إنما
يعتقان بعد موت المولى وأجيب بأن صورته أن يرتد المولى ويلحق بدار الحرب
حتى يحكم بعتق مدبره وأم ولده ثم جاء مسلما فمات مدبره وأم ولده فالولاء له
والأحسن أن يقال المراد أن ثبوت الولاء لعصبة المولى إنما يكون بسبب ثبوته
للمولى فإنه المستحق له أولا أصالة وبسبب العتق منه ثم يسري منه إلى عصبته (أعتق
أمة زوجها قن الغير) هذه العبارة أحسن من عبارة الوقاية زوجها قن (فولدت
لأقل من نصف حول من الإعتاق فله ولاء الولد بلا نقل عنه) يعني إذا تزوج عبد
رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق
حملها وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبدا لأنه عتق على معتق الأم قصدا
لأنه جزء منها يقبل الإعتاق قصدا لأن الجنين في حكم العتق كشخص على
حدة حيث يجوز انفراده بالعتق فلا ينتقل ولاؤه عنه لما روينا وهذا إذا ولدت
لأقل من ستة أشهر من وقت الإعتاق للتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق (كذا لو
ولدت ولدين أحدهما الأقل منه) أي من نصف حول من وقت الإعتاق (والآخر
لأكثر منه وبينهما) أي بين الولدين (أقل من الأقل) أي أقل من أقل مدة الحمل
يعني أقل من نصف حول لأنا تيقنا حينئذ أن الأول كان موجودا وقت العتق
وتيقنا أنهما توأمان خلقا جملة لعدم تخلل أقل مدة الحمل بينهما فإذا تناول
الإعتاق الأول تناول الآخر أيضا ضرورة فصار معتقا لهما وولاؤهما له لا ينتقل
منه أبدا (ولو ولدت) ولدا بعد عتقها (لأكثر) أي لأكثر من ستة أشهر
(فولاؤه) أي ولاء الولد (لمولاها) لأنه عتق تبعا للأم لاتصاله بها بعد عتقها وقد
تعذر جعله تبعا للأب لرقيته (فإن أعتق الأب جر ولاء ابنه إلى قومه) لأن الولاء
بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا
يورث ثم النسب إلى الآباء فكذا الولاء والنسبة إلى موالي الأم كانت لعدم أهلية
الأب ضرورة فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه (عجمي له مولى موالاة نكح معتقة) سواء
كان معتقها من العرب أو من غيرها (فولدت) ولدا (فولاؤه لمولاها) عندهما وعند
أبي يوسف حكمه حكم أبيه لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربيا بخلاف
ما إذا كان الأب عبدا لأنه هالك معنى ولهما أن ولاء العتاقة قوي معتبر في حق
الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف لتضييعهم أنسابهم
ولهذا لا تعتبر الكفاءة بالنسب بينهم والضعيف لا يعارض القوي بخلاف ما إذا

أو الموالاة) يشير إلى أنه نوعان لاختلاف
السبب لأن سبب ولاء العتاقة العتق على
الملك في الصحيح خلافا لما قاله أكثر
أصحابنا أن سببه الإعتاق ووجه الصحيح
أن العتق يكون بلا إعتاق كعتق
القريب بالوراثة وسبب ولاء الموالاة
العقد كذا في العناية (قوله لمعتق غير
حربي الخ) يستثنى منه إعتاق المسلم عبده
الحربي بدار الحرب لأنه لا يعتق بإعتاقه
بالقول وإنما يعتق بالتخلية عند أبي حنيفة
وعند أبي يوسف يصير مولاه لثبوت
العتق بالقول وقول محمد مضطرب
حتى لو خرجا مسلمين لا ولاء للمعتق عند
أبي حنيفة خلافا لأبي يوسف كما في
البدائع (قوله فإن كلا منها إعتاق)
فيه تسامح لأن ملك القريب يحصل العتق
بلا إعتاق وكذا الاستيلاد (قوله
والأحسن أن يقال المراد أن ثبوت
الولاء لعصبة المولى) يعني المتعصبين
بأنفسهم (قوله فإنه المستحق له) يتفرع
عليه قضاء دينه ونحوها منه (قوله
حيث يجوز انفراده) الأولى إفراده
(قوله ولو ولدت ولدا بعد عتقها لأكثر)
أي من الأقل فهو شامل للستة فما فوقها
فقوله أي لأكثر من ستة أشهر قاصر عن
إفادة منه حكم الستة كما فوقها (قوله
فإن أعتق الأب جر ولاء ابنه إلى قومه)
هذا إذا لم تكن معتدة فإن كانت فجاءت
بولد لأكثر من ستة أشهر من وقت
العتق ولأقل من سنتين من وقت الفراق
لا ينتقل ولاؤه إلى موالي الأب لأنه كان
موجودا عند عتق الأم كذا في التبيين
(قوله عجمي له مولى موالاة) إنما فرضه
فيمن له مولى موالاة ليكون من ليس له
مولى موالاة أولى منه في الحكم المذكور
(قوله سواء كان معتقها من العرب أو
غيرها) إشارة إلى أن وضع القدوري
الخلاف في معتقة العرب اتفاقي ذكره
الزيلعي وصاحب الجوهرة

كان الاب عربيا لان أنساب العرب قوية معتبرة فى حكم الكفاءة والعقل من العاقلة لكون تناصرهم بها فاغنت عن الولاء (الام اذا كانت حرة الاصل يعنى عدم الرق فى أصلها فلا ولاء على ولدها والاب اذا كان كذلك فلو عربيا لا ولاء عليه مطلقا ولو عجميا الولاء عليه لقوم الاب ويراه معتق الام وعصبته خلافا لابى يوسف) اعلم أن لفظ حر الاصل يستعمل عند الفقهاء فى معنيين أحدهما من لم يجر على نفسه رق بل تولد من معتقة بعد مضى ستة أشهر من وقت النكاح والعلوق أو ممن فى أصلها رقيق والثانى من لا يكون فى أصله رق أصلا وان الولاء كما صرح به صاحب الهداية وغيره مبنى على زوال الملك ولهذا قالوا لا تقبل الشهادة بالتسامع فى الولاء كما فى العتق وزواله فرع ثبوته وثبوته على الولد يكون من قبل الام لما تقرر أن الولد يتبع الام فى الرق والحرية ولا يسرى ملك الاب الى الولد فلا يكون زواله عن الولد الا من قبل معتق الام وعصبته فى حكمه فاذا لم يكن فى جانب الام رق لا يتصور على الولد ولاء وان اللفظ اذا كان قطعيا فى معنى وجب ان يحمل عليه الظاهر المحتمل له ولغيره وان المطلق يحمل على المقيد فى الروايات اذا عرفت هذه المقدمات فاعلم أن صاحب البدائع ذكر فيه ان من شرائط ثبوت الولاء ان لا تكون الام حرة أصلية فان كانت فلا ولاء لاحد على ولدها وان كان الاب معتقا لما ذكرنا ان الولد يتبع الام فى الرق والحرية ولا ولاء لاحد على أمه فلا ولاء على ولدها فانه أراد بالحرية الاصلية الحرية الاصلية بالمعنى الثانى بقرينة قوله ولا ولاء لاحد على أمه وقد عرفت ان الولاء مبنى على زوال الملك وزوال الملك بالواسطة لا يكون الا من قبل الام فاذا كانت حرة الاصل بهذا المعنى لم يثبت على الولد ملك فلا يثبت عليه ولاء ووافقه كلام الشيخ رشيد الدين محمد النيسابورى فى شرح التكملة وكلام صاحب المحيط فى مختصر المحيط وكلام الشيخ أبى محمد مسعود بن الحسين فى مختصره المشهور بالمسعودى وكلامه فيما صنفه فى الفرائض وسماه بالكافى وأما ما قال فى المنية الولد وان علق حر الاصل بان كانت أمه حرة أصلية أو عارضية يجوز ان يثبت عليه ولاء اما لقوم الاب أو لقوم الام ثم قال ان كان الاب حر الاصل لا ولاء لقوم الاب وكذا اذا كانت الام حرة الاصل لا ولاء لقوم الام لان حر الاصل لم يجر عليه عتق فالمتبادر من ظاهره ان الام اذا كانت حرة الاصل مطلقا جاز ان يثبت على ولدها الولاء وليس كذلك بل مراده بالحرية الاصلية ههنا الحرية الاصلية بالمعنى الاول بقرينة انه جعل الولد المتولد من حرة عارضية وهى المعتقة حر الاصل ثم جعل الحرية الاصلية مقابلة للعارضية فلا مخالفة بينه وبين ما سبق من الحق فصورة كون الولاء لقوم الاب ما اذا كان فى نسب الاب رقيق والولد ولد من معتقة أو ممن ولدت من معتقة وصورة كون الولاء لقوم الام ما اذا كان الاب نبطيا حر الاصل تزوج بمعتقة انسان أو من ولدت من معتقة فان ولاء الولد فى الاول لقوم الاب اتفاقا وفى الثانى لقوم الام عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فالحاصل ان الابوين اذا كانا حرين أصليين بالمعنى الثانى فلا ولاء على الولد واذا كانا معتقين أو فى أصلهما معتق فالولاء لقوم الاب واذا كان الاب معتقا أو فى أصله معتق والام

(قوله والاب اذا كان كذلك فلو عربيا لا ولاء عليه) أى على ولده مطلقا تقييده بالعربى اتفاقى لانه لو كان الاب مولى عربى لا ولاء لاحد على ولده لان حكمه حكم العربى لقول النبى صلى الله عليه وسلم ان مولى القوم منهم كذا فى البدائع (قوله ولو عجميا الولاء عليه الخ) مستدرك بقوله قبله عجمى له مولى موالاة (قوله ولهذا قالوا لا تقبل الشهادة بالتسامع فى الولاء) هذا عندهما خلافا لابى يوسف كما فى مختصر الظهيرية (قوله وثبوته على الولد يكون من قبل الام) يعنى بالاصالة لانه يثبت من قبل الاب لمواليه باعتاقه وقد جاءت بالولد بعد عتقها ثم أعتق الاب جر ولاء ولده الى مواليه كما تقدم (قوله فلا يكون زواله عن الولد الا من قبل معتق الام) يعنى زوالا بواسطة كما يذكر والا فالحصر غير مسلم لان الولد اذا ملك ثم أعتقه مالكه كان الولاء له لا لموالى الام ولا لموالى الاب وكذا لو كان حملا أوصى به فأعتقه الموصى له به (قوله وليس كذلك بل مراده بالحرية الخ) فيه تكلف ظاهر لان العطف يقتضى المغايرة فالمخالفة ثابتة وحصل التدافع فى كلام المنية على هذا التجويزه الولاء على من أمه حرة بالاصالة ثم نفيه عنه بعده

(كتاب الايمان) (قوله اليمين لغة القوة) قال الكمال لفظ اليمين مشترك بين الجارحة والقسم والقوة لغة (تنبيه) لبيان
مفهومه وسببه وركنه وشرطه وحكمه * فاما مفهومه اللغوي فجملة أولى انشائية صريحة الجزأين يؤكد بها جملة بعدها خبرية وترك
لفظة أولى يصيره غير مانع لدخول نحو زيد قائم زيد قائم وهو على عكسه فان الاولى هي المؤكدة بالثانية من التأكيد اللفظي وجملة
أعم من الفعلية كحلفت بالله لافعلن أو أحلف والاسمية مقدمة الخبر كعلى عهد الله أو مؤخرته نحو لعمرك لافعلن وهو مثال أيضا للغير
المصرح بجزأيها ومنه والله وتالله فان الحرف جعل عوضا عن الفعل واسماء هذا المعنى التوكيدي ستة الحلف والقسم والعهد
والميثاق والايلاء واليمين وخرج بانشائية نحو تعليق الطلاق والاعتاق فان الاول ليس بانشاء فليست التعاليق أيمانا لغة وسببها
الغائي تارة ايقاع صدقه في نفس السامع وتارة حمل نفسه أو غيره على الفعل أو الترك فبين المفهوم اللغوي والشرعي عموم من
وجه لتصادقهما في اليمين بالله وانفراد اللغوي في الحلف بغيره مما يعظم وانفراد الاصطلاحي في التعليقات ثم قيل يكره الحلف
بالطلاق والعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله الحديث والاكثر على انه لا يكره لانه لمنع نفسه أو غيره
ومحل الحديث على غير التعليق مما هو
بحرف القسم وركنها اللفظ الخاص
وشرطها الاسلام والعقل والبلوغ
وحكمها الذي يلزم وجودها وجوب البر
فيما اذا انعقدت على طاعة أو ترك معصية
فيثبت وجوبان للامرين الفعل والبر
ووجوب الحنث في الحلف على ضدهما
وندبه فيما اذا كان المحلوف عليه جائزا
ولزوم الكفارة فيما يجوز فيه الحنث أو
يحرم كذا في الفتح والبحر (قوله وشرعا
تقوية الخبر بذكر اسم الله) الاولى منه
قول صاحب الكنز تقوية أحد طرفي الخبر
بالمقسم به لشموله الحلف بصفات الذات
ولكون التقوية لمتعلق الخبر لا ذات الخبر
(قوله أو التعليق) عطف على تقوية الخبر
يوضحه ما قاله الكمال واما مفهومه
الاصطلاحي فجملة أولى انشائية مقسم
فيها باسم الله تعالى أو صفة يؤكد بها
مضمون ثانية في نفس السامع ظاهرا أو
تحمل المتكلم على تحقيق معناها فدخلت
الغموس بقيد ظاهرا أو التزام مكروه كفر أو زوال ملك على تقدير ليمنع عنه أو محبوب ليحمل عليه فدخلت
التعليقات مثل ان فعل فهو يهودي وان دخلت فأنت طالق بضم التاء أي من دخلت لمنع نفسه وبكسرها لمنعها أي المرأة وان
بشرتني فأنت حر (قوله وانما سمي بها عند الفقهاء) يتفرع عليه انه لو حلف أن لا يحلف فحلف بالطلاق ونحوه حنث (قوله
والمراد بترتب الاحكام عليها الخ) انه يثبت ان الايمان أربعة لان الحلف على الماضي صادقا كاللغو في عدم المؤاخذة فكان له حكم
فلا وجه لاسقاطه (قوله الغموس) قال في البحر عن المبسوط الغموس ليس يمينا حقيقة لانها كبيرة محضة واليمين عقد مشروع
والكبيرة ضد المشروع ولكن سميت يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة بصورة اليمين كما سمي بيع الحر بيعا مجازا لوجود صورة
البيع فيه اهـ (قوله احداها اليمين الغموس) على الوصف كما في أصح نسخ الهداية وفي بعضها يمين الغموس فهي اضافة
الموصوف الى صفته وهي ممنوعة والغموس فعول بمعنى فاعلة بصيغة المبالغة كما في الفتح

(كتاب الايمان)

ذكرها عقيب العتاق لمناسبتها له في عدم تأثير الهزل والاكراه فيهما (اليمين) لغة
القوة وشرعا (تقوية الخبر بذكر اسم الله تعالى) نحو والله لافعلن كذا أو والله
لا أفعل كذا (أو التعليق) بمعنى تعليق الجزاء بالشرط نحو ان فعلت فكذا أو ان لم
أفعل فكذا والمقصود منه تقوية عزم الحالف على الفعل أو الترك وهذا ليس بيمين
وضعا وانما سمي بها عند الفقهاء لحصول معنى اليمين به وهو الحمل أو المنع (والمعتبر
من) القسم (الاول ثلاثة) أي الايمان التي اعتبرها الشرع ورتب عليها الاحكام
ثلاثة أنواع والا فاطلاق اليمين أكثر منها كاليمين على الفعل الماضي صادقا والمراد
بترتب الاحكام عليها ترتب المؤاخذة الاخروية على الغموس وعدمها على اللغو
والكفارة على المنعقدة احداها اليمين (الغموس) سميت به لانها تغمس صاحبها
في الاثم في الدنيا وفي النار في العقبى (وهي حلفه على كذب يعلم كذبه) حتى لو لم
يعلمه وظن صدقه تكون لغوا كما سيأتي (كوالله ما فعلت كذا عالما بفعله ووالله
ماله على دين عالما بخلافه ووالله انه زيد عالما بانه غيره) المشهور في عبارة القوم
ان الغموس حلف على فعل أو ترك ماض كاذبا عمدا وقد صرح شراح الهداية
وغيرهم أن ذكر الفعل والمضي ليس بشرط بل هو بناء على الغالب وايراد المثالين
الاخيرين اشارة الى هذا فلا حاجة الى تكلف ارتكبه صدر الشريعة حيث قال
فان قلت اذا قيل والله ان هذا لحجر كيف يصح ان يقال هذا الحلف على الفعل
قلت يقدر كلمة كان أو يكون ان أريد في الزمان الماضي أو المستقبل على أن اعتبار
الماضي أو الاستقبال في هذا الحلف باطل لتعين ارادة الحال فتدبر وبين حكم

الغموس بقوله (ويأثم بها) أى الحالف لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بالله كاذبا أدخله النار (و) ثانيها اليمين (اللغو) سميت به لانها لا يعتبر بها فان اللغو اسم لما لا يفيد يقال لغا اذا أتى بشئ لا فائدة فيه (وهى حلفه كاذبا يظنه صادقا) كما اذا حلف أن فى هذا الكوز ماء بناء على انه رآه كذلك ثم أريق ولم يعرفه وبين حكمها بقوله (ويرجى عفوه) فان قيل ما معنى تعليق عدم المؤاخذة بالرجاء وقد قال الله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم قلنا نعم لا شك فى نفى المؤاخذة فى اللغو المذكور فى النص وانما الشك فى كون الصورة التى ذكرنا لغوا فان اللغو عند الشافعى أن يجرى على لسانه بلا قصد سواء كان فى الماضى أو الآتى بان قصد التسبيح فجرى على لسانه اليمين مثلا (و) الثالث اليمين (المنعقدة وهى حلفه على شئ آت) فى المستقبل فعلا كان أو تركا كما قال صدر الشريعة فان قلت الحلف كما يكون على الماضى والآتى يكون على الحال أيضا فلم يذكره وهو من أى أقسام الحلف قلت انما لم يذكره لمعنى دقيق وهو أن الكلام يحصل أولا فى النفس فيعبر عنه باللسان فان الاخبار المتعلق بزمان الحال اذا حصل فى النفس وعبر عنه باللسان فاذا تم التعبير باللسان انعقد اليمين فزمان الحال صار ماضيا بالنسبة الى زمان انعقاد اليمين فاذا قال كتبت لابد من الكتابة قبل ابتداء التكلم واذا قال سوف أكتب لابد من الكتابة بعد الفراغ من التكلم اى الزمان الذى من ابتداء التكلم الى آخره فهو زمان الحال بحسب العرف وهو ماض بالنسبة الى آن الفراغ وهو آن انعقاد اليمين فيكون الحلف عليه حلفا على الماضى أقول حاصل الجواب أن ما يظن من كون الحلف على الحال فهو فى الحقيقة حلف على الماضى ولا يوجد الحلف على الحال حقيقة ولذا لم يذكروه وفيه بحث لان الحال المقابل للماضى والمستقبل على ما ذكره رضى الدين وتبعه من بعده من المحققين أجزاء من أواخر الماضى وأوائل المستقبل يعتبر امتدادها بحسب العرف حتى قالوا ان زيدا اذا صلى فهو فى حال الصلاة ما دام مصليا واذا كتب فهو فى حال الكتابة ما دام كاتبا فاذا قال زيد حين كتابته والله انى كاتب يكون يمينا على الحال بلا مرية ولا يمكن اعتباره ماضيا فالسؤال باق بل الصواب فى الجواب أن يقال لا وجه لهذا السؤال بعد ما قال أولا ان مطلق اليمين أكثر من الثلاث فتدبر وبين حكم المنعقدة بقوله (وكفر فيه) أى فى هذا القسم (فقط) أى دون الاولين لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية والمراد به اليمين على المستقبل بدليل قوله تعالى واحفظوا أيمانكم ولا يتصور الحفظ عن الحنث والهتك الا فى المستقبل (ان حنث) الحالف وقوله فقط اشارة الى خلاف الشافعى فى الغموس فان الكفارة تجب فيها أيضا عنده (ولو) كان الحالف (مكرها أو ناسيا) أى مخطئا كما اذا أراد ان يقول اسقنى الماء فقال والله لا أشرب الماء وقيل ذاهلا عن التلفظ به بان قيل له ألا تأتينا فقال بلى والله غير قاصد لليمين وانما وجب فيهما الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين (فى

(قوله فان اللغو اسم لما لا يفيد) اشارة الى أنه لا لغو فى الحلف بغير الله لما قال فى الاختيار روى ابن رستم عن محمد رحمه الله لا يكون اللغو الا فى اليمين بالله وذلك لان من حلف بالله على أمر يظنه كما قال وليس كذلك انما المحلوف عليه ويبقى قوله والله فلا يلزمه شئ واليمين بغير الله تعالى يلغو المحلوف عليه ويبقى قوله امرأته طالق أو عبده حر أو عليه حج فيلزمه اه (قوله ويرجى عفوه) كذا علقه بالرجاء محمد بن الحسن حيث قال نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها (قوله قلنا الخ) أحد ما قيل فى الجواب عن التعليق بالرجاء مع القاطع بعدم المؤاخذة والاصح ان اللغو بالتفسيرين اللذين ذكرهما المصنف متفق على عدم المؤاخذة به فلم يتم العذر عن التعليق بالرجاء فالاوجه ما قيل انه لم يرد به التعليق بل التبرك باسم الله تعالى والتأدب فهو كقوله صلى الله عليه وسلم لاهل المقابر وانا ان شاء الله بكم لاحقون كذا فى الفتح والاختيار (قوله فان قلت الخ) كيف يتأتى هذا السؤال مع قول صاحب الاختيار اليمين اما ان يكون على الماضى أو على الحال أو على المستقبل فان كانت على الماضى أو على الحال فاما ان يتعمد الكذب فيها وهى الاولى أى الغموس أو لم يتعمد وهى الثانية أى اللغو وان كانت على المستقبل فهى الثالثة المنعقدة اه (قوله بل الصواب فى الجواب الخ) يفيد الجواب عن عدم ذكر الحلف على الحال ولا يفيد بيان انه من أى الاقسام ويعلم حكمه مما قدمناه عن الاختيار انه اما أن يكون متعمد الكذب فهى الغموس أولا فهى اللغو (قوله أى مخطئا) فسر به الناسى لان الحالف ناسيا لا يتصور الا أن يحلف ان لا يحلف ثم نسى فحلف وعلى تفسير ه النسيان بما ذكرناه هنا وفى الحنث بحقيقته يلزم منه استعمال اللفظ فى حقيقته ومجازه (قوله وانما وجب فيهما الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم الخ) كذا استدل به فى الهداية وقال الكمال اعلم انه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لان المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا والهازل قاصد لليمين

اليمين او الحنث) أي تجب الكفارة في المنعقدة سواء كان الاكراه او النسيان في اليمين أو الحنث لان الفعل الحقيقي لا يعدمه الاكراه والنسيان وكذا الاغماء والجنون فتجب الكفارة بالحنث كيفما كان (والقسم بالله أو باسم من أسمائه كالرحمن والرحيم والحق) وجميع أسامي الله تعالى في ذلك سواء تعارف الناس الحلف به أو لا هو الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح وقال بعضهم كل اسم لا يسمى به غير الله تعالى كالله والرحمن فهو يمين وما يسمى به غيره كالحكيم والعليم والقادر فان أراد به يمينا فهو يمين والا فلا كذا في الكافي والحق من أسماء الله تعالى قال الله تعالى ذلك بان الله هو الحق (أو بصفة يحلف بها عرفا من صفاته كعزة الله وجلاله وعظمته وقدرته) لان الايمان مبنية على العرف فما تعارف الناس الحلف به من صفاته تعالى يكون يمينا وما لا فلا لان اليمين انما تنعقد للحمل أو المنع وذا انما يكون بما يعتقد الحالف تعظيمه وكل مؤمن يعتقد تعظيم الله وصفاته وهو بجميع صفاته معظم فصارت حرمة ذاته وصفاته حاملا للحالف أو مانعا وهذا انما يكون اذا كان الحلف بها متعارفا وأما اذا لم يكن فلا (لا) أي لا يقسم (بغير الله تعالى كالنبي والقرآن والكعبة) لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر هذا اذا قال والنبي والقرآن أما لو قال أنا بريء من القرآن أو النبي فانه يكون يمينا لان البراءة منهما كفر وتعليق الكفر بالشرط يمين ولو قال أنا بريء من المصحف لا يكون يمينا ولو قال أنا بريء مما في المصحف يكون يمينا لان ما في المصحف قرآن فكأنه قال أنا بريء من القرآن كذا في الكافي (و) لا (بصفة لا يحلف بها عرفا كرحمته وعلمه ورضاه وغضبه وسخطه وعذابه) لما سبق ان مبنى اليمين على العرف (وأما قوله لعمر الله) جواب اما قوله الآتي فقسم وجه كون لعمر الله قسما ان عمر الله بقاؤه والبقاء صفة وهو مرفوع بالابتداء واللام لتوكيد الابتداء والخبر محذوف والتقدير لعمر الله قسمي ومعناه أحلف ببقاء الله ودوامه كذا في الصحاح وايم الله معناه عند الكوفيين أيمن الله وهو جمع يمين حذف نونه لكثرة الاستعمال وعند البصريين من أدوات القسم ومعناه والله (وعهد الله وميثاقه) فان العهد يمين لان الله تعالى قال وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ثم قال ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها والميثاق بمعنى العهد (وأقسم وأحلف وأشهد وأعزم وان لم يقل بالله) فان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف فيجعل حلفا في الحال سواء قال بالله أو لا (وعلى نذر أو يمين أو عهد) فان كلا منها يكون قسما (وان لم يضف) الى الله حتى اذا قال ان فعلت كذا فعلي نذر فان نوى قربة من القرب التي يصح النذر بها لزمته وان لم ينو فعليه كفارة يمين لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين وكذا قوله علي يمين لان معناه علي موجب يمين والعهد بمعنى اليمين كما مر (وان فعل كذا فهو كافر) فانه قسم يستوجب الكفارة اذا حنث ان كان في المستقبل وأما ان

غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعا بعد مباشرته السبب مختارا والناسي بالتفسير المذكور لم يقصد شيئا أصلا ولم يدر ما صنع وكذا المخطئ لم يقصد قط التلفظ به بل بشيء آخر فلا يكون الوارد في الهازل واردا في الناسي اهـ (قوله فتجب الكفارة بالحنث كيف كان) أي الحنث (قوله وقال بعضهم كل اسم الخ) رجحه بعضهم بأنه ان كان مستعملا لله تعالى ولغيره لا يتعين ارادة أحدهما الا بالنية اهـ كذا في الفتح ورجحه في غاية البيان وقال صاحب البحر وهو خلاف المذهب لان هذه الاسماء وان كانت تطلق على الخلق لكن تعين الخالق مرادا بدلالة القسم اذ القسم بغير الله لا يجوز فكان الظاهر انه أراد به اسم الله تعالى حملا لكلامه على الصحة الا أن ينوي غير الله فلا يكون يمينا لانه نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فيما بينه وبين ربه كذا في البدائع اهـ (قوله أو بصفة) المراد به اسم المعنى الذي لا يتضمن ذاتا ولا يحمل عليها بهو هو كالعزة والكبرياء والعظمة بخلاف نحو العظيم كذا في الفتح (قوله فما تعارف الناس الحلف به من صفاته تعالى يكون يمينا) أي سواء كان من صفات الفعل أو الذات وهو قول مشايخ ما وراء النهر وهو الاصح لان الايمان مبنية على العرف وكل مؤمن يعتقد تعظيم الله تعالى وتعظيم صفاته وقال مشايخ العراق صفات الذات مطلقا يمين كعزة الله لا صفات الفعل كالرضا والغضب لان صفات الذات كذكر الذات وصفات الفعل ليس كذكر الذات والحلف بالله تعالى مشروع دون غيره كما في البرهان (قوله لعمر الله) فيه ضم العين وفتحها الا انه لا يستعمل المضموم في القسم ولا يلحق المفتوح الواو في الخط بخلاف عمرو العلم فانها الحقت للفرق بينه وبين عمر كذا في الفتح (قوله وهو مرفوع بالابتداء) أي لدخول اللام واذا لم تدخله اللام نصب نصب المصادر فتقول عمر الله ما فعلت ويكون على حذف حرف القسم كما في الله لافعلن كذا في الفتح والبرهان (قوله وعهد الله وميثاقه) اذا قصد به غير اليمين يدين كذا في البحر (قوله وأقسم وأحلف وأشهد وأعزم وان لم يقل بالله) انما ينعقد اذا ذكر مقسم عليه لا كما ظن ان مجرد قوله أقسم ونحوه ينعقد ويؤيده كلام محمد في الاصل كذا قاله ابن الضياء

كان فى الماضى لشئ قد فعله فهو الغموس ولا يكفر فيما روى عن أبى يوسف اعتبار الماضى بالمستقبل لانه قصد به اليمين ولم يقصد به تحقيقه بل أن يصدق فى مقالته وقال محمد بن مقاتل يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بأمر كائن تنجيز فكأنه قال هو كافر (و) الاصح ان الحالف (لم يكفر) فى الماضى والمستقبل (ان علم انه يمين وكفر ان) كان جاهلا (اعتقد انه كفر) فى الماضى والمستقبل لانه اذا أقدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر به فقد رضى بالكفر (وسوكند مخورم بخداى فقسم) لانه للحال (لاحقا) لان المنكر يراد به تحقيق الوعد ومعناه أفعل هذا لا محالة فلا يكون يمينا ولو قال والحق يكون يمينا (و) لا (حق الله) فانه لا يكون يمينا عند أبى حنيفة ومحمد وهو رواية عن أبى يوسف لان الحق اذا أضيف الى الله تعالى يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه كما ورد فى الحديث فيكون يمينا بغير الله (و) لا (حرمته) اذ لا يحلف بها عرفا (وسوكند خورم بخداى) قيل لا يكون يمينا لانه وعد (أو) يقول سوكند خورم (بطلاق زن) فانه أيضا لا يكون يمينا لعدم التعارف وقوله أو اشارة الى ان لفظة بالفارسية الواقعة فى عبارة الوقاية مكان أو غير صحيحة فتدبر (وان فعله فعليه غضبه أو سخطه أو لعنته أو فانا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا) فان كلا منها لا يكون يمينا لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف (وحروفه) أى حروف القسم (الواو) نحو والله (والباء) نحو بالله (والتاء) نحو تالله لان كلا منها معهود فى الايمان ومذكور فى القرآن (و) قد (تضمر) الحروف فيكون حالفا (كالله لا أفعله) فان من عادة العرب حذف حرف الجر للايجاز ثم قيل ينصب بنزع الخافض وقيل يخفض ليدل على المحذوف * ثم لما فرغ من بيان موجب اليمين شرع فى بيان موجبها وهو الكفارة لكنها موجبها عند الانقلاب لان اليمين لم تشرع للكفارة بل تنقلب اليها عند الانتقاض بالحنث فقال (وكفارته اعتاق رقبة أو اطعام عشرة مساكين كما مر فى الظهار) وقد بيناهما ثمة (أو كسوتهم) بحيث يكون (لكل) من تلك العشرة (ثوب يستر عامة بدنه فلم يجز السراويل) لان لابسه يسمى عريانا فى العرف (هو الصحيح) المروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف لا ما روى عن محمد ان أدناها ما يجوز فيه الصلاة (فان عجز عنها) أى عن الاشياء الثلاثة (وقت الاداء) أى وقت ارادة الاداء (صام ثلاثة أيام ولاء) والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين

(قوله لانه للحال) قال الكمال لان معناه أحلف الآن بالله اه (قوله لاحقا) يشير الى رد ما نقل عن الشيخ اسمعيل الزاهد والحسن ابن أبى مطيع انه يمين كما فى الفتح وفى مختصر الظهيرية الصحيح انه يمين ان أراد به اسم الله تعالى (قوله ولو قال والحق يكون يمينا) قدمه متنا (قوله فيكون يمينا بغير الله) أى فلا ينعقد (قوله وحروفه الواو) قال الكمال ثم قالوا الباء هى الاصل لانها صلة الحلف ثم الواو بدل منها للمناسبة المعنوية وهى ما فى الالصاق من الجمع الذى هو معنى الواو فلكونها بدلا انحطت عنها بدرجة فدخلت على المظهر لا المضمر والتاء بدل عن الواو لانهما من حروف الزيادة (قوله ثم قيل ينصب بنزع الخافض) أى ينصب الاسم وهو أكثر استعمالا وقيل يخفض وهو قليل شاذ فى غير القسم وحكى الرفع أيضا نحو الله لافعلن على اضمار مبتدأ أو خبر وهو الاولى لان الاسم الكريم أعرف المعارف فهو أولى بكونه مبتدأ والتقدير الله قسمى أو قسمى الله لافعلن كذا فى البرهان والفتح (قوله لكل ثوب يستر عامة بدنه) هو اللازم والافضل كسوة ثوبين أو ثلاثة كما فى الفتح وقال الطحاوى هذا اذا دفع الى الرجل اما اذا دفع الى المرأة فلا بد من خمار مع الثوب لان صلاتها لا تصح دونه قال الكمال وهذا يشابه الرواية التى عن محمد فى دفع السراويل انه للمرأة لا يكفى وهذا كله خلاف ظاهر الجواب وانما ظاهر الجواب ما يثبت به اسم المكتسى وينتفى عنه اسم العريان وعليه بنى عدم اجزاء السراويل لا صحة الصلاة وعدمها فانه لا دخل له فى الامر بالكسوة اذ ليس معناه الا جعل الفقير مكتسيا على ما ذكرنا والمرأة اذا كانت لابسة قميصا سابلا وازارا وخمارا على رأسها وأذنيها دون عنقها لا شك فى ثبوت اسم انها مكتسية لا عريانة ومع هذا لا تصح صلاتها فالعبرة لثبوت ذلك الاسم صحت الصلاة أو لا اه ولم أر حكم ما يغطى رأس الرجل نصا (قوله فلم يجز السراويل) قال فى البحر لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الاطعام باعتبار القيمة (قوله فان عجز عنها) شرطه لانه لو كان عنده أحد الثلاثة لا يجوز له الصوم وان كان محتاجا اليه كذا فى البحر وقال قاضيخان لا يجوز التكفير بالصوم الا لمن عجز عما سوى الصوم فلا يجوز لمن ملك ما هو منصوص عليه فى الكفارة أو ملك بدله فوق الكفاف والكفاف منزل يسكنه وثوب يلبسه ويستر عورته وقوت يومه ولو كان له عبد يحتاج لخدمته لا يجوز له التكفير بالصوم لانه قادر على الاعتاق اه (قوله وقت الاداء) قيد به لان اعتبار الفقر والغنى عندنا عند ارادة التكفير بخلاف الحدقان المعتبر فيه وقت الوجوب حتى تنصف بالرق كما فى الفتح

(قوله ولنا ان الكفارة تستر الجناية ولا جناية ههنا) أي فيما قبل الحنث (قوله لانها) أي الجناية تحصل بهتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث كون الحنث جناية مطلقا ليس واقعا اذ قد يكون فرضا وانما أخرج المصنف الكلام مخرج الظاهر المتبادر من اخلاف المحلوف عليه والحاصل ان الكفارة تجب بسبب الحنث سواء كان به معصية أو لا والمراد توفير ما يجب لاسم الله عليه فهذا يفيد ان السبب الحنث كذا في الفتح (قوله وانما أضيف اليها الخ) اضافة الكفارة الى اليمين اضافة الى الشرط مجازا كما في الفتح (قوله أي ينبغي أن يحنث) أي يجب عليه أن يحنث ويكفر واعلم ان المحلوف عليه أنواع منه ما يجب فيه الحنث وهو ما ذكره المصنف ومنه ما يكون الحنث أفضل كالحالف على ترك وطء زوجته نحو شهر والحالف ليضربن عبده وهو يستأهل ذلك أو ليشكون مديونه ان لم يوافه غدا لان الرفق أيمن والعفو أفضل وكذا تيسير المطالبة ومنه ما يكون البر أولى كالحلف على ترك أكل هذا الخبز ولبس هذا الثوب ولو قال قائل انه واجب لقوله تعالى واحفظوا أيمانكم على ما هو المختار في تأويلها ان البر فيها أمكن اهـ كذا في الفتح وبقي قسم رابع وهو ما يكون البر فيه فرضا كحلفه ليصلين ظهر اليوم ذكره في البحر (قوله ولا كفارة على كافر) كذا لو ارتد بعد حلفه ثم حنث بعد اسلامه لا يلزمه شيء وأما تحليف القاضي ونحوه فالمراد به صورة اليمين فان المقصود منها رجاء النكول فان الكافر يعتقد في نفسه تعظيم الله تعالى وان كان لا يقبل منه ولا يثاب عليه كذا في الفتح (قوله من حرم ملكه) ليس قيدا بل المراد به شيء ما من الاشياء سواء كان ملكه أو غيره ليشمل الاعيان والافعال وما كان حلالا وما كان حراما كقوله كلامك علي حرام وقوله لزوجها أنت علي حرام أو حرمتك فجامعها طائعة أو مكرهة حنثت ودخول منزلك علي حرام أو الخمر علي حرام اذا لم يرد به الخبر بل أراد اليمين كما في الفتح (قوله أي من حرم على نفسه) قيد به لانه لو جعل حرمته معلقة على فعله فلا تلزمه الكفارة كما لو قال ان أكلت هذا الطعام فهو علي حرام فأكله لا يحنث كما في البحر عن الخلاصة

الآية (ولم يكفر قبل حنث) يعني لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث وقال الشافعي يجوز اذا كانت بالمال لانه أداها بعد السبب وهو اليمين لانها تضاف الى اليمين يقال كفارة اليمين والاضافة دليل السببية والاداء بعد السبب جائز اتفاقا فأشبه التكفير بعد الجرح قبل الموت ولنا ان الكفارة تستر الجناية ولا جناية ههنا لانها تحصل بهتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث فيكون هو السبب دون اليمين لان أقل مرتبة السبب أن يكون مفضيا الى الحكم واليمين غير مفضية الى الكفارة لانها تجب بعد نقضها بالحنث وانما أضيف اليها لانها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم بخلاف الجرح لانه مفض الى الموت (حلف على معصية كعدم الكلام مع أبيه) وترك الصلاة ونحوه (حنث وكفر) أي ينبغي أن يحنث ويكفر لقوله عليه الصلاة والسلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر ليمينه (لا كفارة في حلف كافر وان حنث مسلما) لانه ليس أهلا لليمين لانها تنعقد لتعظيم الله تعالى والكفر ينافي التعظيم ولا أهلا للكفارة لانها عبادة وان تبعها معنى العقوبة (من حرم ملكه لا يحرم) أي من حرم على نفسه شيئا مما ملكه لم يصر حراما عليه (وان استباحه) أي عامله معاملة المباح (كفر) وقال الشافعي لا كفارة عليه لانه ليس بيمين الا في النساء والجواري لان تحريم الحلال قلب المشروع واليمين عقد مشروع فلا ينعقد بلفظ هو قلب المشروع كعكسه وهو تحليل الحرام ولنا قوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك الى قوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ثم قيل حرم النبي صلى الله عليه وسلم العسل على نفسه وقيل حرم مارية على نفسه والتمسك على الاول ظاهر وكذا الثاني لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب (كل حل) أي اذا قال الرجل كل حل (علي حرام) يحمل (على الطعام والشراب) الا أن ينوي غير ذلك والقياس أن يحنث عقيب فراغه لمباشرته فعلا مباحا وهو التنفس أو نحوه كما ذهب اليه زفر وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره يصرف الى الطعام والشراب للعرف (والفتوى على بينونة امرأته بلا نية) لغلبة الاستعمال فيه

(قوله والفتوى على انه تبين امرأته الخ) قال البزدوي في مبسوطه هكذا قال بعض مشايخ سمرقند ولم يتضح لي عرف الناس (كذا) في هذا لان من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة ولو كان العرف مستفيضا في ذلك لما استعمله الا ذو الحليلة فالصحيح ان يقيد الجواب في هذا ونقول ان نوى الطلاق يكون طلاقا فاما من غير دلالة فالاحتياط أن يقف الانسان فيه ولا يخالف المتقدمين اهـ نقله الكمال عنه ثم قال واعلم ان مثل هذا اللفظ لم يتعارف في ديارنا بل المتعارف فيه حرام علي كلامك ونحوه كأكله كذا ولبسه دون الصيغة العامة وتعارفوا أيضا الحرام يلزمني ولا شك في أنهم يريدون الطلاق معلقا فانهم يذكرون بعده لا أفعل كذا أو لأفعلن وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمني لا أفعل كذا فانه يراد به ان فعلت كذا فهي طالق ويجب امضاؤه عليهم اهـ

(تنبيه) اذا لم تكن له امرأة وقد حلف بالصيغة العامة يلزمه كفارة يمين اذا أكل أوشرب كذا في البحر عن النهاية (قوله كذا قوله حلال بروى حرام) من الهداية ومعناه الحلال عليه حرام (قوله المنذور اذا كان له أصل في الفروض) اى أصل مقصود ليخرج الوضوء لعدم لزومه بالنذر (قوله لزم الناذر) أى لزمه الوفاء به من حيث هو قربة لا بكل وصف التزمه به أو عين كما سيذكر انه لو نذر التصدق بهذه الدراهم اجزاه التصدق بغيرها عنها كما في الفتح (قوله اى عليه الوفاء به) أى بما نذر ولا يجزيه كفارة يمين وصرح صاحب الهداية في الصوم بأن المنذور واجب اه ومن المتأخرين من قال بفرضية الايفاء بالمنذور للاجماع وهو الاظهر كما في البرهان (قوله وفى أو كفر يمينه يفتى) اى يفتى بالتخيير بين ايفائه بما التزم وبين كفارة يمين وهذا التفصيل في المعلق بشرط يريده وبشرط لا يريده انه في الاول يلزمه عين ما نذره وفي الثاني يتخير بين ايفائه بعين ما نذر وبين كفارة يمين مختار صاحب الهداية وهو وان كان قول المحققين فهو خلاف ظاهر الرواية ونظر فيه صاحب العناية وبين وجه النظر وقال عليه الوفاء بنفس النذر ولا تنفعه كفارة يمين لاطلاق الحديث ووردت تنظيره برسالة بينت صحة حصر الصحة فيما قاله صاحب الهداية فيتخير الناذر بين الوفاء بعين المنذور وبين كفارة يمين فيما اذا علق النذر بما لا يراد كونه وعليه الفتوى واسم الرسالة تحفة التحرير واسعاف الناذر الغنى والفقير بالتخيير (قوله نذر بعتق رقبة الخ) كذا في الفتح (قوله نذر لفقراء مكة) مستدرك بما قدمه في كتاب الصوم (قوله قال ان برئت من مرضى هذا ذبحت شاة لم يلزمه) كذا لو قال على شاة أذبحها كما في الفتح (قوله الا أن يقول فلله على أن أذبحها) كذا يلزمه لو قال أذبحها وأتصدق بلحمها ولو قال لله على أن أذبح جزورا فأتصدق بلحمه فذبح مكانه سبع شياه جاز كما في الفتح (قوله لكن اذا أفطر يوما قضاه ولا يلزمه الاستقبال وان قال متتابعا) هذا بخلاف ما اذا نذر شهرا بغير عينه وشرط التتابع فانه يلزمه الاستقبال بفطره يوما كما في الفتح (قوله نذر بتصدق ألف درهم من ماله الخ) قال قاضيخان وان كان عنده عروض أو خادم يساوى مائة فانه يبيع ويتصدق وان كان يساوى عشرة يتصدق بعشرة وان لم يكن له شئ فلا شئ عليه كمن أوجب على نفسه ألف حجة

(كذا) قوله (حلال بروى حرام) للغلبة ايضا (المنذور اذا كان له أصل في الفروض لزم الناذر) كالصوم والصلاة والصدقة والاعتكاف وما لا أصل له في الفروض (فلا) يلزم الناذر (كعيادة المريض وتشييع الجنازة ودخول المسجد وبناء القنطرة والرباط والسقاية ونحوها) هذا هو الاصل الكلى (نذر مطلقا) نحو لله على صوم هذا الشهر (أو معلقا بشرط يريده) نحو لله على كذا ان قدم غائبي (فوجد) أى الشرط (وفى) أى عليه الوفاء به في الصورتين لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى (أو) نذر معلقا (بما) أى بشرط (لا يريده كان زنيت) فعلى كذا (وفى أو كفر وبه يفتى) يعني ان علق نذره بشرط لا يريد ثبوته كالزنا ونحوه فحنث يتخير بين الكفارة وبين الوفاء بما التزم وهو قول الشافعي في الجديد وروى أن أبا حنيفة رجع اليه قبل موته بسبعة أيام وبه كان يفتي الامام شمس الائمة السرخسي وغيره من كبار الفقهاء وذلك لان كلامه نذر بظاهره يمين بمعناه لانه قصد به المنع عن ايجاد الشرط فيميل الى أى الجهتين شاء بخلاف ما اذا علق بشرط يريد ثبوته لان معنى اليمين وهو قصد المنع غير موجود فيه لان قصده اظهار الرغبة فيما جعله شرطا قال صدر الشريعة أقول ان كان الشرط حراما كان زنيت مثلا ينبغي أن لا يتخير لان التخيير تخفيف والحرام لا يوجب التخفيف أقول ليس الموجب للتخفيف هو الحرام بل وجود دليل التخفيف لان اللفظ لما كان نذرا من وجه ويمينا من وجه لزم أن يعمل بمقتضى الوجهين ولم يجز اهدار احدهما فلزم التخيير الموجب للتخفيف بالضرورة فتدبر واستقم (نذر بعتق رقبة يملكها وفى بها والا أثم ولا يجبره القاضي) يعني لو قال لله على ان أعتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه أن يفي به ولو لم يف يأثم ولكن لا يجبره القاضي (نذر لفقراء مكة جاز الصرف الى فقراء غيرها) لان المقصود التقرب الى الله تعالى بدفع حاجة الفقير ولا مدخل فيه لخصوص المكان قال الفقيه أبو الليث وهو قول علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الا بالتصدق على فقراء مكة (نذر بتصدق عشرة دراهم خبزا فتصدق بغير الخبز) مما يساوى عشرة دراهم (أو) تصدق (بثمنه جاز) أما الاول فلان خصوص الخبز لا مدخل له في دفع الحاجة وأما الثاني فلان الثمن أنفع للفقير (قال ان برئت من مرضى هذا ذبحت شاة لم يلزمه الا أن يقول فلله على أن أذبحها) لان اللزوم لا يكون الا بالنذر والدال عليه الثاني لا الاول (نذر صوم شهر بعينه لزمه متتابعا لكن اذا أفطر يوما قضاه ولا يلزمه الاستقبال) يعني لو قال لله على أن أصوم شعبان مثلا فأفطر فيه يوما قضاه وحده ولا يستقبل وان قال في نذره متتابعا لان شرط التتابع في شهر بعينه لغو لانه متتابع لتتابع الايام وايضا لا يمكن الاستقبال لانه معين (نذر بتصدق ألف درهم من ماله وهو لا يملك

يلزمه بقدر ما عاش في كل سنة حجة اه (قوله وصل بحلفه ان شاء الله تعالى) أي نذره وطلاقه وعتاقه واقراره عبادة أو معاملة وسائر العقود وسواء وصل حقيقة أو حكما كانقطاع ٤٤ لتنفس أو سعال وسواء قصد الاستثناء أو لم يقصد علم حكمه أو لم يعلم

الامائة لزمته فقط) وهو الصحيح اذ فيما الاملاك لم يوجد النذر في الملك ولا مضافا الى سبب الملك فلا يصح كما لو قال مالي في المساكين صدقة وليس له مال لا يصح (نذر ان يتصدق بهذه المائة يوم كذا على فلان فتصدق بمائة أخرى قبل ذلك اليوم على غيره آخر جاز) لما عرفت ان هذه الخصوصيات لا تعتبر بعد حصول دفع حاجة الفقير (قال علي نذر فسكت ولا نية له تلزمه كفارة يمين) كذا في النوازل (وصل بحلفه ان شاء الله تعالى) أي حلفه يعني اذا حلف على فعل أو ترك وقال بعده متصلا به ان شاء الله تعالى لا يحنث لما روي عن العبادلة الثلاثة موقوفا ومرفوعا من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى ومن استثنى فلا حنث عليه ولا كفارة لكن لا بد من الاتصال لانه بعد الانفصال رجوع ولا يصح الرجوع في الايمان وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه كان يجوز الاستثناء المنفصل الى ستة أشهر لقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت أي اذا نسيت الاستثناء المتصل فاستثن منفصولا قال مشايخنا في تصحيح الاستثناء المنفصل اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة وغيرهما عن ان تكون ملزمة ولا يحتاج الى الحلال لان المطلق يستثني اذا ندم وأما قوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت فمعناه اذا لم تذكر ان شاء الله تعالى في أول كلامك فاذكره في آخره موصولا به * روي ان محمد بن اسحق صاحب المغازي كان عند المنصور وكان يقرأ عنده المغازي وأبو حنيفة رحمه الله تعالى كان حاضرا فأراد ان يغري الخليفة عليه فقال ان هذا الشيخ يخالف جدك في الاستثناء المنفصل فقال له أبلغ من قدرك ان تخالف جدي فقال ان هذا يريد أن يفسد عليك ملكك لانه اذا جاز الاستثناء المنفصل فالناس يبايعونك ويحلفون ثم يخرجون ويستثنون ثم يخالفون ولا يحنثون فقال نعم ما قلت وغضب على محمد بن اسحاق وأخرجه من عنده

﴿باب حلف الفعل﴾

الاصل ان الالفاظ المستعملة في الايمان مبنية على العرف عندنا وعند الشافعي على الحقيقة لانها حقيق بأن تراد دون المجاز وعند مالك على معاني كلام الله تعالى (حلف لا يدخل بيتا يحنث بدخول صفته) لان البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد بني للبيتوتة سواء كان حيطانه أربعة أو ثلاثة وهذا المعنى موجود في الصفة الا ان مدخلها أوسع فيتناولها اسم البيت فيحنث بسكناها الا ان ينوي ما سواها (هو الصحيح) احتراز عما قيل انما يحنث اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفاف أهل الكوفة (لا) بدخول (الكعبة أو مسجد أو بيعة أو كنيسة) وقد مر بيان معناهما لان البيت كما عرفت ما بني للبيتوتة وهذه ليست كذلك (أو دهليز) لانه أيضا لم يبن للبيتوتة فيه وقيل يحنث اذا يبات فيه عادة أقول هذا القدر لا يكفي في كونه بيتا بل لا بد من كون بنائه للبيتوتة كما سبق لا يقال اذا بيت فيه عادة كان بناؤه للبيتوتة عادة لان الملازمة ممنوعة (أو ظلة باب دار)

﴿باب حلف الفعل﴾

(قوله مبنية على العرف عندنا) أي اذا لم تكن نية فان كانت واللفظ يحتمله انعقد اليمين باعتباره كذا في الفتح وقال في البحر عن الحاوي الحصيري المعتبر في الايمان الالفاظ دون الاغراض اه وله قضاء وما قال الكمال ديانة فلا مخالفة (قوله وعند الشافعي على الحقيقة) يعني اللغوية وعند الامام أحمد على النية مطلقا (قوله يحنث بدخول صفة) لم يقيد بكونها مسقفة وقال الكمال يحنث بالصفة بعد أن تكون مسقفا كما في صفاف دورنا ثم قال بعد هذا السقف وصف فيه أي البيت وهذا يفيد ان ذكر السقف في الدهليز لا حاجة اليه اه وكذا الصفة (قوله لان البيت اسم لمبنى مسقف) السقف ليس شرطا فيحنث وان لم يكن مسقفا لما سيذكره المصنف (قوله وقيل يحنث اذ يبات فيه عادة) كذا في الهداية لانه لو أغلق الباب كان داخلا وقال الكمال اذا أطلق البيت في العرف فانما يراد به ما يبات فيه عادة فدخل الدهليز اذا كان كبيرا بحيث يبات فيه لان مثله يعتاد بيتوتته للضيوف في بعض القرى وفي المدن يبيت فيه بعض الاتباع في بعض الاوقات فيحنث اه (قوله بل لا بد من كون بنائه للبيتوتة) يخالف ما مشى عليه سابقا من الحنث بدخول الصفة لما فيهما من معنى البيت وكذا مشى الكمال عليه كما قدمنا مخالفا لصاحب الهداية لان صاحب الهداية صحح الحنث بدخول الصفة دون الدهليز مع ان المعنى فيهما واحد فكان وجها للكمال في التسوية بينهما (قوله أو ظلة باب دار وهي التي الخ)

فسر الظلة بهذا لتكون ساباطا لان الظلة اذا كان معناها ما هو داخل البيت مسقفا فانه يحنث بدخوله لانه يبات فيه وهي كذا في البحر وقال الكمال الحاصل ان كل موضع اذا أغلق الباب صار داخلا لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة يصلح للبيتوتة من

وهي التي تكون على باب الدار ولا يكون فوقها بناء واذا كان على باب الدار تكون على السكة فلا تكون بيتا فلا يحنث (وفي) الحلف بانه (لايدخل دارا لم يحنث بدخولها خربة وفي هذه الدار يحنث وان صارت صحراء او بنيت بعد انهدامها) دارا (أخرى) لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر هذه عبارة الهداية وتحقيقها ان مراده بالوصف ما ليس صفة عرضية قائمة بجوهر كالشباب والشيخوخة ونحوهما بل ما يعمها ويتناول جوهرا قائما بجوهر آخر يزيد قيامه به حسنا له وكمالا ويورث انتقاصه عنه قبحا له ونقصانا حتى فرقوا بين الوصف والقدر كما سيأتي في أوائل البيوع ان شاء الله تعالى بان الاول ما يورث تشقيصه ضرر الاصل والثاني ما لا يورث ذلك وجعلوا ما يساوي الذرع في المذروعات وصفا وما يساوي الكيل في المكيلات قدرا فاذا كانت الدار اسما للعرصة وكان البناء وصفا وكانت الدار منكرة كانت غائبة فيعتبر فيها البناء واذا لم يوجد لم يحنث واذا كانت معرفة كانت حاضرة فلا يعتبر فيها البناء واذا لم يوجد يحنث اذا عرفت هذا فاعلم ان ما صدر من صدر الشريعة ههنا ايضا من الغرائب لانه خالف جمهور الائمة برأي غير صائب حيث قال واعلم انهم قالوا في لايدخل هذه الدار فدخلها منهدمة انه يحنث لان اسم الدار يطلق على الخربة فهذه العلة توجب الحنث في لايدخل دارا فدخل دارا خربة ثم فرقهم بأن الوصف في الحاضر لغو فرق واه لان معناه انه اذا وصف المشار اليه بصفة مثل لا أكلم هذا الشاب فكلمه شيخا يحنث لان الوصف بالشاب صار لغوا وفي قولنا لايدخل هذه الدار أو لايدخل دارا أين الوصف حتى يكون لغوا في أحدهما غير لغو في الآخر ثم هذا المعنى يوجب الحنث في لايدخل هذا البيت وعدمه في لايدخل بيتا ان دخله منهدما صحراء لان البيتوتة وصف فيلغو في المشار اليه فزوال اسم البيت ينبغي أن لا يعتبر في المشار اليه ثم قالوا في لايدخل هذه الدار فدخلها بعدما بنيت حماما انه لا يحنث لانه لم يبق دارا فان ما قاله فاسد أما أولا فلان قوله فهذه العلة توجب الى آخره ناشئ من الغفلة عن قول الهداية غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر واما ثانيا فلان قوله لان معناه انه اذا وصف المشار اليه الى آخره ناشئ من الغفلة عن معنى الوصف وقد مر ان البناء وصف في الدار كما صرح به في الهداية واما ثالثا فلان قوله ثم هذا المعنى يوجب الى آخره غلط محض ناشئ من عدم التفرقة بين البيت والدار وايضا البيتوتة ليست بوصف للبيت لانه كما عرفت عبارة عن أمر زائد على الذات قائم بها والبيتوتة ليست كذلك بل هي علة غائية لبنائه بخلاف الدار فان البناء زائد على الدار التي هي العرصة واما رابعا فلان حاصل قوله ثم قالوا في لايدخل هذه الدار الى آخره ان الدار اذا كانت عبارة عن العرصة كان ينبغي أن يحنث فيما اذا بنيت حماما لوجود العرصة وهو فاسد لان الدار تطلق على العرصة المجردة وعلى عرصة مع ما بني عليها من بناء الدار واما اذا بني عليها بناء غير الدار أو تصرف فيها تصرفا يزول به اسم الدار عنه عرفا فلا يكون دارا كان هذا الفاضل لم ينظر في الفاظ

سقف يحنث بدخوله اه وقد علمت من كلامه ان السقف وصف فالتقييد به اتفاقي (قوله وفي لايدخل دارا لم يحنث بدخولها خربة) يعني بحيث لم يبق بها بناء أصلا بأن صارت صحراء فأما اذا دخلها بعد ما زال بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغي أن يحنث في المنكر الا ان يكون له نية كذا في الفتح (قوله وقيل في عرفنا لا يحنث) كذا في الهداية اه وهو قول المتأخرين وقال الكمال لو جمع بين قول المتقدمين والمتأخرين بأن يحمل جواب المتقدمين بالحنث على ما اذا كان للسطح حضير وجواب المتأخرين المعبر عنه بقوله وقيل في عرفنا يعني العجم لا يحنث بالوقوف على السطح على ما اذا لم يكن له حضير اتجه وهو الاعتقادي اه (قوله وفي هذه الدار) قيد بالاشارة مع التسمية لانه لو أشار ولم يسم كما اذا حلف لايدخل هذه فانه يحنث بدخولها على أي صفة كانت دارا أو مسجدا أو حماما أو بستانا لان اليمين عقدت على العين دون الاسم والعين باقية كما في البحر عن الذخيرة (قوله كما لو جعلت مسجدا الخ) يشير الى انه لو حلف لايدخل هذا المسجد فهدم ثم بني مسجدا فدخله يحنث لعدم اعتراض اسم آخر عليه

الهداية وعباراته فضلا عن التأمل والتفكر في اعتباراته والحمد لله ملهم الصواب وإليه المرجع والمآب (كذا الوقوف على سطحها) فإنه أيضا يوجب الحنث لأن السطح من الدار ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد (وقيل) في عرفنا (لا) يحنث (كما لو جعلت الدار مسجدا أو حماما أو بستانا أو بيتا) حيث لا يحنث لأنها لم تبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه (أو دخلها بعد هدم الحمام وأشباهه) لأن اسم الدار لا يعود به (وهكذا البيت) يعني إذا حلف لا يدخل هذا البيت ودخله (منهدما صحراء) لم يحنث لزوال اسم البيت فإنه لا يبات فيه حتى لو بقي الحيطان وسقط السقف يحنث إذ يبات فيه والسقف وصف فيه (أو) دخله (بعد ما بني بيتا آخر) لم يحنث أيضا لأن الاسم لم يبق بعد الانهدام (أو) حلف (لا يدخل هذه الدار فوقف في طاق باب دار لو أغلق الباب كان خارجا) لم يحنث لأن الباب لإحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار (أو) حلف (لا يسكنها) أي هذه الدار (وهو ساكنها أو) حلف (لا يلبسه) أي هذا الثوب (وهو لابسه أو) حلف (لا يركبها) أي هذه الدابة (وهو راكبها فأخذ في النقلة) من الدار في الأول (ونزع) الثوب في الثاني (ونزل) عن الدابة في الثالث (بلا مكث) قيد للثلاثة فإنه لا يحنث في شيء من الصور وقال زفر يحنث لوجود الشرط وإن قل ولنا أن اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحققه فإن لبث على حاله ساعة حنث لأن هذه الأفعال لها دوام بتجدد أمثالها حتى يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول إذ لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت وإن جاز بمعنى الظرف ولو نوى ابتداء اللبس مثلا يصدق لأنه محتمل كلامه فلا يحنث باللبث (أو) حلف (لا يدخلها) وهو فيها (فقعد فيها) فإنه لا يحنث بالقعود (إلا بخروجه ثم دخوله) والقياس أن يحنث بالقعود لأن الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان أن الدخول لا دوام له لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل (وفي لا يسكن هذه الدار أو البيت أو المحلة لا بد من خروجه بأهله وجميع متاعه) حتى لو بقي وتد حنث هذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يعتبر نقل الأكثر لأن نقل الكل قد يتعذر وقال محمد يعتبر نقل ما يقوم به كتخدائيته لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا أحسن وأوفق بالناس (بخلاف المصر والقرية) فإن البر لا يتوقف فيهما على نقل المتاع والأهل لأنه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الأول (وحنث في

(قوله أو دخلها بعد هدم الحمام) كذا لو بنيت دارا بعد هدم الحمام فدخلها فإنه لا يحنث أيضا لأنه غير تلك الدار التي منع نفسه من الدخول فيها كذا في البحر (قوله لا يدخل هذه الدار الخ) لو كان الحلف على الخروج انعكس الحكم وإذا زلق وهو يشتد في المشي فمر أو زلق فوقع في الدار أو دفعته الريح أو أوقعته في الدار وهو لا يستطيع الامتناع لا يحنث في الصحيح كما في البحر (قوله فأخذ في النقلة من الدار) أي ولو كان شيأ فشيأ يحنث لا تفتر النقلات وليس عليه أن يستأجر من ينقل متاعه في يوم ولا يلزمه النقل بأسرع الوجوه بل بقدر ما يسمى ناقلا ٤٦ في العرف كذا في الفتح (قوله فإن لبث على حاله ساعة حنث) إذا أمكنه النقل فأما إذا لم يقدر فإن كان بعذر الليل وخوف اللص أو منع ذي سلطان أو عدم موضع ينتقل إليه حينئذ أو أغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه أو كان شريفا أو ضعيفا لا يقدر على حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها لا يحنث ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر والفرق بين هذا وبين إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فكذا فقيد أو منع أو قال إن لم تجيئي الليلة فمنعها أبوها حيث يحنث أن المحلوف عليه إن كان عدما لا يتوقف على الاختيار وإن فعلا يتوقف عليه كالسكنى لأن المعقود عليه الاختياري وبعدمه يعدمه فيصير ساكنا لا ساكنا فلم يتحقق شرط الحنث كذا في الفتح (قوله فقعد) يعني مكث ونظيره لا يخرج ولا يتزوج ولا يتطهر فاستدام النكاح والطهارة لا يحنث كما في الفتح (قوله لا بد من خروجه بأهله) قال الكمال فإذا خرج هو وترك متاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع حنث وكذا الحلف لا يسكن في هذه المحلة أو السكة لو خرج بنفسه عازما على عدم العود أبدا حنث وإن خرج على عزم أن يرسل من ينقلهم لأنه يعد المناهل ساكنا بمحل سكنى أهله وماله عرفا وهذا إذا كان الحالف مستقلا بسكناه قائما على عياله فإن كان سكناه تبعا كابن كبير ساكن مع أبيه أو امرأة مع زوجها فخرج بنفسه وترك أهله وماله وهي زوجها وما لها لا يحنث وقيده الفقيه أبو الليث أيضا بأن يكون حلفه بالعربية لا فلو عقد بالفارسية لا يحنث إذا خرج بنفسه وترك أهله وماله وإن كان مستقلا بسكناه (قوله هذا عند أبي حنيفة) ورجحه الفقيه أبو الليث وأخذ به لكن استثنى منه المشايخ ما لا يتأتى به السكنى كقطعة حصير ووتد كذا في البحر (قوله وقال أبو يوسف يعتبر نقل الأكثر) وقال صاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافي الفتوى على قول أبي يوسف كذا في الفتح (قوله وقال محمد يعتبر الخ) هو أصح ما يفتى به من التصحيحين كما في البرهان (قوله بخلاف المصر والقرية) جعل القرية بمنزلة المصر وهو الصحيح من

الجواب كما فى الهداية وهو احتراز عن قول من جعل القرية كالدار فقال بالحنث ببقاء الاهل والمتاع كذا فى الفتح (قوله بأن يكره عليه) أى على الحمل اشارة الى أن الاكراه على الخروج بنفسه لا يعتبر فيحنث بخروجه بنفسه اذا توعد عليه لما عرف ان الاكراه لا يعدم الفعل عندنا كما لو حلف لا يأكل هذا الطعام فأكره عليه حنث بأكله ولو أوجر فى حلقه لا يحنث كما فى الفتح وكان ينبغى للمصنف الاقتصار فى الشرح على قوله أى وبدون الامر لا يحنث ويحذف قوله بأن يكره عليه لانه لا يناسب قوله بعده ولو راضيا اذ لا يجامع الاكراه الرضا (قوله ولو راضيا) هو الصحيح وقيل يحنث ثم اذا لم يحنث هل تنحل اليمين باخراجه بغير أمره قال السيد أبو شجاع تنحل وهو أرفق وقال غيره من المشايخ لا تنحل وهو الصحيح ذكره التمرتاشى وقاضيخان كذا فى الفتح (قوله فالاقسام أن يخرج بأمره) صوابه أن يدخل لكونه موضوع المسئلة (قوله وعدمه فى الاخيرين) ومن حكمه عدم انحلال اليمين فى الصحيح كما تقدم فى الخروج (قوله فخرج لها ورجع) هذا اذا تجاوز عمران مقامه فان رجع قبل مجاوزة العمران لا يحنث كما فى التبيين ولو كان بينه وبين المحلوف عليه دون مدة السفر بخلاف الخروج الا الى جنازة فانه يحنث بانفصاله عن داره بخروجه لغير جنازة ولا يحنث بخروجه من منزلها ان صحت الدار ثم رجع كما فى البحر (قوله وفى لا يأتيها حتى يدخلها) ويحنث بالوصول قصد أو لم يقصد بخلاف الخروج والذهاب فانه يشترط وجوده عن قصد كذا فى الفتح عن جامع قاضيخان والفوائد الظهيرية (قوله وذهابه كخروجه) قال صاحب البحر لم أر من صرح بلفظ الرواح من أئمتنا وهو كثير الوقوع فى كلام المصريين فى أيمانهم لكن قال الازهرى لغة العرب ان الرواح الذهاب سواء كان أول الليل أو آخره أو فى الليل قال النووى وهذا هو الصواب اه فعلى هذا اذا حلف لا يروح الى كذا فهو بمعنى لا يذهب وهو بمعنى الخروج يحنث بالخروج عن قصد وصل أولا اه والدليل خاص بالذهاب الملا والمدعى أعم فينبغى أن يبنى على العرف (قوله قيل هو كالاتيان) قول نصير فلا يحنث حتى يدخلها وقيل كالخروج هو قول محمد بن سلمة واختاره فخر الاسلام وقال فى الهداية وهو الاصح وهذا اذا لم ينو بالذهاب شيأ ولو نوى به الخروج أو الاتيان صحت نيته كما فى الفتح (قوله وحنث فى ليأتين مكة الخ) يشير الى أنه لو قيد اعتبر به فلو قال ان لم أفعل غدا كذا فهو كذا فمضى حتى فات قبل الغروب ولم يفعل لا يحنث العبد لتعلقها بآخر الوقت كما فى الفتح (قوله ودين نية الحقيقة) أطلقه نية الحقيقة وهذا يشير الى انه لا يصدق قضاء وهو احدى روايتين والثانية يصدق قضاء أيضا لانه نوى حقيقة كلامه اذ كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والاول أوجه لانه وان كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله عند الاطلاق عن القرينة لاحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة أسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه القاضى فى خلاف الظاهر كذا فى الفتح (قوله فيحنث بالدخول فى دار تكون ملكا لفلان ولا يكون هو ساكنا فيها سواء كان

لا يخرج ان حمل واخرج بأمره) لان فعل المأمور مضاف الى الآمر فصار كما لو ركب دابة فخرجت به (وبدونه) أى بدون الامر بأن اكره عليه (لا) أى لا يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر (ولو) كان (راضيا) بالخروج لان الانتقال يكون بالامر لا بمجرد الخروج (ومثله لا يدخل أقساما وحكما) فالاقسام أن يخرج بأمره وبلا أمره اما مكرها أو راضيا والحكم الحنث فى الاول وعدمه فى الاخيرين (ولا) يحنث (فى قوله والله لا يخرج من داره الا الى جنازة ان خرج اليها ثم أتى الى أمر آخر) لان خروجه لم يكن الا الى جنازة قال فى الوقاية وان خرج اليها ثم الى أمر آخر وكأنه سهو من الناسخ الاول لانه يقتضى خروجه الى غير جنازة فيبطل الحصر ويحنث ولذا قال ثم أتى الى أمر آخر كما قال فى الهداية فخرج اليها ثم أتى الى حاجة أخرى (وحنث فى لا يخرج الى مكة فخرج لها ورجع) لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط (لا) أى لا يحنث (فى لا يأتيها حتى يدخلها) لان الاتيان انما يكون بالدخول (وذهابه كخروجه) يعنى لو حلف لا يذهب الى مكة قيل هو كالاتيان وقيل كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال (وحنث فى ليأتين مكة) أى لو حلف ليأتين مكة فلم يأتها حتى مات حنث (فى آخر جزء) من أجزاء (حياته) لان البر قبل ذلك مرجو واليأس حينئذ يحصل (و) حنث (فى ليأتينه غدا ان استطاع ان لم يأته غدا بلا مانع) يعتبر مانعا (كمرض أو سلطان ودين نية الحقيقة) أى ان قال أردت الاستطاعة الحقيقية المقارنة للفعل كما تقرر فى الكتب الكلامية صدق ديانة لا قضاء لانها تطلق فى العرف على سلامة الاسباب والآلات والمعنى الآخر خلاف الظاهر (حلف لا يدخل دار فلان يراد به نسبة السكنى) بدلالة العادة وهى ان الدار لا تعادى ولا تهجر لذاتها بل لبغض ساكنها الا ان السكنى قد تكون حقيقة وهو ظاهر وقد تكون دلالة بأن تكون الدار ملكا له فيتمكن من السكنى فيها فيحنث بالدخول فى دار تكون ملكا لفلان ولا يكون هو

غيره ساكنا فيها أولا الخ) عبارة الخانية وان دخل دارا مملوكة لفلان وهو لا يسكنها حنث اهـ ومثله في مختصر الظهيرية ثم قال في الخانية حلف أن لا يدخل دار فلان فآجر فلان داره فدخلها الحالف قيل يحنث وقيل لا يحنث قالوا ماذكر انه لا يحنث ذلك قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان عندهما كما تبطل الاضافة بالبيع تبطل بالاجارة والتسليم وملك اليد للغير ثم قال ولو دخل دارا مملوكة لفلان وساكنها غيره حنث أيضا ثم قال ولو دخل دارا آجرها فلان حنث أيضا قيل هذا قول محمد أما قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يحنث وقد مرت المسئلة اهـ وفي مختصر الظهيرية ولو آجر فلان داره فدخلها الحالف هل يحنث فيه روايتان اهـ فهذا مفيد أن الدار اذا لم يكن مالكها ساكنها ولا غيره فالنسبة باقية فيحنث الحالف وأما اذا سكنها غيره فقد علمت الاختلاف على قول محمد يحنث وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يحنث فاقتصار المصنف على ماذكر قاصر عن افادة الخانية والظهيرية (قوله لكن ذكر شمس الائمة الخ) علمت انه قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال ابن الضياء وأما الدار المملوكة لفلان ان كان يسكنها غيره ولا سكنى لمالكها بوجه فانا نمنع حنثه بدخولها اهـ وقال في الاختيار لا يدخل دار فلان وله دار يسكنها ودار غلة فدخل دار الغلة لا يحنث اهـ (قوله أي سواء كان راكبا أو ماشيا) هذا اذا لم تكن له نية فان نوى ماشيا ودخلها راكبا لا يحنث كما في البزازية (قوله فان المعنى الحقيقي ههنا مهجور) يشير الى ما قال الكمال انه لو وضع احدى رجليه فيها لا يحنث على جواب ظاهر الرواية لان وضع القدم ههنا مجاز عن الدخول ولا يحنث في لا يدخل بوضع احدى رجليه اهـ وفي مختصر الظهيرية حلف لا يضع قدمه في دار فلان فوضع احدى قدميه فيها حنث اهـ خلاف ظاهر الرواية (قوله وشرط للبر في لا تخرج الا باذني لكل خروج اذن) كذا بغير اذني أو رضاي أو علمي أو الا بقناع أو ملحفة وهذا مقيد ببقاء النكاح ونحوه لان الاذن انما يصح لمن له المنع فلو أبانها ثم تزوجها فخرجت بلا اذن لا تطلق وان كان زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا لانها لم تنعقد الا على مدة بقاء النكاح ولو نوى الاذن مرة واحدة صدق ديانة لا قضاء ولو أذن لها اذنا غير مسموع لم يكن اذنا في قول أبي حنيفة ومحمد وهو الصحيح وقال أبو يوسف هو اذن ولا بد من علمها بالاذن في غيبتها وفهمها الخطاب وطريق اسقاط هذا الحلف أن يقول كلما أردت الخروج فقد أذنت لك ثم اذا نهاها لم يعمل نهيه عند أبي يوسف خلافا لمحمد كما في الفتح وهذا بخلاف ما لو قال لا أكلم فلانا الا باذن فلان أو قال لرجل في داره والله لا تخرج الا باذني فانه لا تتكرر اليمين لانه مما لا يتكرر عادة كما في الفتح والبحر (قوله فجلست ساعة ثم خرجت الخ) كذا في الهداية وفي الفتح ما يشير الى عدم اشتراط تغير تلك الهيئة الحاصلة مع ارادة الخروج حيث قال امرأة تهيأت للخروج فحلف لا تخرج فاذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحنث لان قصده أن يمنعها من الخروج الذي تهيأت له فكأنه قال ان خرجت الساعة وهذا اذا لم يكن له نية فان نوى شيئا عمل به (قوله قائم مقام مفعول شرط) صوابه فاعل شرط (قوله مركب المأذون ليس لمولاه الخ) قال في البرهان على هذا الخلاف دخول

ساكنا فيها سواء كان غيره ساكنا فيها أولا لقيام دليل السكنى التقديري وهو الملك صرح به في الخانية والظهيرية لكن ذكر شمس الائمة ان غيره لو كان ساكنا فيها لا يحنث لانقطاع النسبة بفعل غيره (أو) حلف (لا يضع قدمه في دار فلان حنث بدخولها مطلقا) أي سواء كان راكبا أو ماشيا حافيا أو منتعلا فان المعنى الحقيقي ههنا مهجور اذ لو اضطجع ووضع قدميه في الدار بحيث يكون باقي جسده خارج الدار لا يقال في العرف انه وضع القدم في الدار فاذا هجر الحقيقة أريد معنى مجازي وهو الدخول مطلقا بقرينة العرف (وشرط للبر في لا تخرج الا باذني لكل خروج اذن) لانه استثناء مفرغ ومعناه لا تخرج خروجا الا باذني والنكرة في سياق النفي تفيد العموم فاذا خرج منها بعض بقي ما عداه على العموم (لا في) قوله لا تخرج (الا أن آذن لك) فانه لا يوجب لكل خروج اذنا اذ لا يمكن حمله على حقيقة الاستثناء لان الاذن ليس من جنس الخروج فحمل على الغاية لمناسبة بينهما فان الغاية قصر لامتداد المغيا وبيان لانتهائه كما ان الاستثناء قصر للمستثنى منه وبيان لانتهاء حكمه وفي هذا المقام مباحث شريفة أوردناها في شرح المرقاة فمن أرادها فليطلب ثمة (و) شرط (للحنث في ان خرجت مثلا لمريد الخروج فعله فورا) يعني لو أرادت المرأة الخروج مثلا فقال الزوج ان خرجت فأنت طالق فجلست ساعة ثم خرجت لم يحنث وهذه تسمى يمين الفور تفرد أبو حنيفة رحمه الله تعالى عليه باظهارها ووجهه أن مراد المتكلم الزجر عن ذلك الخروج عرفا ومبنى الايمان على العرف (و) شرط للحنث (في ان تغديت بعد) قول الطالب (تعال تغد معي) قوله (تغديه معه) قائم مقام مفعول شرط المقدر يعني اذا قال زيد لبكر اجلس فتغد معي فقال بكر ان تغديت فعبدي كذا فرجع الى منزله فتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه (وان ضم اليوم) وقال ان تغديت اليوم (كفى) في الحنث (مطلق التغدي) لانه زاد على قدر الجواب فيجعل مبتدأ (مركب المأذون ليس لمولاه في حق اليمين الا اذا لم

يستغرق

عبيد مأذونه في حكم حررت عبيدي (قوله لم يحنث عند أبي حنيفة ان كان عليه دين مستغرق) سواء فيه ما اذا نوى أو لم ينو لانه لا ملك للمولى في كسب عبده المديون المستغرق وفي المحيط لو ركب دابة مكاتبه لا يحنث لان ملكه ليس مضافا الى المولى لا ذاتا ولا يدا كذا في البحر (قوله يراد بالاكل من الشجر ثمره) يشير الى أنه لو تكلف لاكل عين الشجرة لا يحنث وهو الصحيح وكما يراد ثمر الشجر يراد جماره وطلعه وما يخرج من الشجر بلا تغير بصنع جديد فلا يحنث بالنبيذ والخل والناطف والدبس المطبوخ واحترز به عن غير المطبوخ وهو ما يسيل بنفسه من الرطب فانه يحنث به وفي بعض المواضع يحنث بدبسه والمراد عصيره ثم هذا اذا كان للشجر ثمر ولا نية له فان نوى عينها لا يحنث بثمرها لانه نوى حقيقة كلامه واذا لم تكن له نية ولا ثمر لها انعقدت على ثمنها فيحنث اذا اشترى به مأكولا كذا في الفتح زاد في البحر وأكله اه وقد يقال يراد بالاكل الانفاق في أي شئ فيحنث به اذا نوى فلينظر (قوله وبهذا البر الخ) يشير الى أنه اذا كان المحلوف عليه مما يؤكل عينه تقيد به ٤٩ فلو حلف لا يأكل من هذه الشاة حنث باللحم خاصة ولا يحنث باللبن والزبد كما في البحر (قوله قضمه) أي أكله لان القضم الاكل بأطراف الاسنان ولا يختص الحنث به وقضم من باب علم وقيد بكون الحنطة معينة لانه لو حلف لا يأكل حنطة ينبغي أن يكون جواب الامام كجوابهما ذكره شيخ الاسلام قال الكمال ولا يخفى انه تحكم والدليل المذكور المتفق على ايراده في جميع الكتب يعم المعينة والمنكرة وهو أن عينها مأكولة اه (قوله وعندهما يحنث به أيضا) أي كما يحنث بقضمه عندهما في الصحيح كذا في الهداية وقال الكمال وقوله هو الصحيح احترازا عن رواية الاصل انه لا يحنث عندهما اذا قضمها وصححها في الذخيرة ورجح شمس الائمة وقاضيخان رواية الجامع انه يحنث قال المصنف أي صاحب الهداية واليه الاشارة بقوله في الخبز يحنث أيضا أي عندهما فانه يفيد أنه يحنث بالقضم ولا يلزم استعمال اللفظ حقيقة ومجازا بل من عموم المجاز (قوله ويراد بهذا الدقيق ما يتخذ منه) يشير الى انه لو استف الدقيق لم يحنث وهو الصحيح كما في الهداية (قوله لا الباذنجان والجزر) أي عند عدم النية فان نوى ما يشوى عمل به كالبيض والفول الاخضر الذي يسمى في عرفنا شوى العرب كذا في الفتح (قوله وبالطبيخ طبيخ اللحم) يعني ما لم ينو العموم فان نوى عمل به كما في البرهان وقال الكمال ان ما يتخذ قلية من اللحم لا يسمى طبيخا ولا يحنث به وهذا أي التقييد بطبيخ اللحم يقتضي أن لا يحنث بالارز المطبوخ بلا لحم وفي الخلاصة يحنث بالارز اذا طبخ بودك فانه يسمى طبيخا بخلاف ما لو طبخ بزيت أو سمن اه أي لانه يسمى مزورة قال في تهذيب القلانسي وما يطبخ من الادهان يسمى مزورة اه وفي البرهان العرف الظاهر أصل في مسائل الايمان اه والعرف الآن اطلاق الطبيخ على ما يطبخ نحو العدس فيه يحنث (قوله لانها المتعارفة) يشير الى أن الخلاف لاختلاف العصر والزمان وعلى المفتي أن يفتي بما هو المعتاد في كل مصر وقع فيه الحلف كما في الفتح

يستغرق دينه ونواه) يعني ان حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له لم يحنث عند أبي حنيفة ان كان عليه دين مستغرق لرقبته وكسبه لانها حينئذ ليست لزيد وان لم يكن عليه دين مستغرق فان نوى بداية زيد دابته الخاصة له لا يحنث وان نوى دابة هي ملك زيد سواء كانت خاصة له أو كانت لعبده المأذون فحينئذ يحنث وقال أبو يوسف يحنث مطلقا اذا نواه وقال محمد يحنث وان لم ينوه (يراد بالاكل من الشجر ثمره) يعني اذا قال لا آكل من هذا الشجر يراد به ثمره لان المعنى الحقيقي مهجور حسا (و) يراد (بهذا البر قضمه) عند أبي حنيفة حتى لو أكل من خبزه لم يحنث عنده وعندهما يحنث به أيضا وهذا الخلاف مبني على خلاف آخر بينهما وهو أن اللفظ اذا كان له معنى حقيقي مستعمل ومعنى مجازي متعارف فأبو حنيفة يرجح المعنى الحقيقي وهما المعنى المجازي فالمراد عندهما أكل باطنه مجازا فيحنث بأكله مطلقا عملا بعموم المجاز (و) يراد (بهذا الدقيق ما يتخذ منه) لان عينه غير مأكول عادة فانصرف الى ما يتخذ منه خبزا كان أو غيره قال في الوقاية بأكل خبزه أقول هو غير صحيح لان الباء متعلقة بقوله تقيد واذا قيد به وجب أن لا يتناول غيره وبطلانه ظاهر ولا يصححه قول صدر الشريعة أي بأكل ما يتخذ منه كالخبز ونحوه بل يظهر فساده لانه اذا قيد بعين يجب أن لا يصح الاطلاق فكيف يصح التفسير به فتدبر واستقم (و) يراد (بالشواء اللحم) لا الباذنجان والجزر (وبالطبيخ طبيخ اللحم وبالرأس رأس يكبس في التنانير ويباع في مصره) لانها المتعارفة (وبالشحم شحم البطن) عند أبي حنيفة وعندهما يتناول شحم الظهر أيضا (وبالخبز ما اعتاده بلده) والمعتاد في أكثر البلدان خبز الحنطة والشعير وان كان في بعضها خبز الارز والذرة معتادا أيضا (وبالفاكهة التفاح والبطيخ

(قوله وعندهما العنب والرمان والرطب فاكهة) قال في البرهان المشايخ قالوا هذا اختلاف زمان ففي زمانه لم يعدوها من الفواكه فأفتى على حسب ذلك وفي زمانهما عدت منها فأفتيا به وقال في المحيط العبرة للعرف فما يؤكل على سبيل التفكه عادة ويعد فاكهة في العرف يدخل تحت اليمين وما لا فلا اهـ (قوله ويراد بالشرب من نهر الكرع) هذا اذا لم تكن له نية فان نوى باناء أو غيره عمل به وقيد بالنهر لانه لو حلف لا يشرب من البئر واستملأ منه فتكلف الكرع منها لا يحنث به في الصحيح بل بالاغتراف منها اذا لم تكن له نية كما في الفتح (قوله بخلاف ما لو حلف .. لا يأكل لحم هذا الحمل أو لا يكلم هذا الصبي الخ) هذا اذا لم ينو الحقيقة قيدا لليمين فيهما وان نواها تقيدت بها لانه نوى حقيقة كلامه والظاهر لا يخالفه كذا في البرهان (قوله أو هذا الشاب) قال في البحر عن الذخيرة الصبي من لم يبلغ وكذا الغلام فاذا بلغ فهو شاب وفتى الى ثلاثين سنة أو ثلاث وثلاثين على الاختلاف فهو كهل الى الاربعين فهو شيخ الى خمسين اهـ (قوله لان تلك الاوصاف غير داعية الى اليمين) قال الكمال في هذا نظر لان الحمل ليس محمودا في الضأن لكثرة رطوبته وبانه زيادة حتى قيل فيه النحس بين الجيدين بخلافه كبشا فان لحمه حينئذ أكثر قوة وتقوية للبدن لقلة رطوبته فصار كالحالف لا يأكل من هذا الرطب فأكله تمرا لا يحنث واعلم ان ايراد مثل هذا وما قبله في مسئلة لا أكلم هذا الصبي ذهول عن وضع هذه المسائل ونسيان أنها بنيت على العرف فينصرف اللفظ الى المعتاد في العمل والعرف في القول وان المتكلم لو اراد معنى تصح ارادته من اللفظ لا يمنع منه الامر يحتمل اخلاق الفتيان ومداراة الصبيان فلا ينفي كون حالف من الناس عرف عدم طيب الحمل وسوء أدب صبي علم انه لا يردعه الا ترك الكلام معه أو علم ان الكلام معه يضره في عرضه أو دينه فتصرف عنه حيث صرفها فلا يحنث بالكلام معه بعد فوات تلك الصفة التي أرادها (قوله ولا يحنث في لا آكل الجملة لحما أكل سمك) أي اذا لم تكن له نية فأما اذا نواه فأكل سمكا طريا أو غير طري حنث كما في الفتح (قوله والقياس ان يحنث) روي شاذا عن أبي يوسف (قوله وجه الاستحسان الخ) كذا في الهداية وهو منقوض بالالية لانها تنعقد من الدم ولا يحنث بأكلها وغنع ان اسم اللحم باعتبار الانعقاد من الدم بل باعتبار الالتحام فالتمسك لابي حنيفة انما هو بالعرف كما في الفتح (قوله كماسة) بكسر الكاف عنقود النخل والجمع كبائس كذا في البحر (قوله لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع) يخالفه ما نقل في البحر عن الخانية لو حلف لا يشتري ألية فاشترى شاة مذبوحة كان حانثا وكذا لو حلف لا يشتري رأسا اهـ

والمشمش لا العنب والرمان والرطب والقثاء والخيار) عند أبي حنيفة وعندهما العنب والرمان والرطب فاكهة (و) يراد (بالشرب من نهر الكرع) وهو تناول الماء من موضعه بالفم حتى لو حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع فيها كرعا خلافا لهما (لا بغرف مائه) أي لا يراد بالشرب من ماء نهر الكرع بل يحنث بالشرب منه باناء ونحوه لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو الشرط (لا يحنث في) حلفه (لا يأكل من هذا البسر بأكل رطبه أو من هذا الرطب أو اللبن بأكله تمرا أو شيرازا) لان هذه صفات داعية الى اليمين فتتقيد بها بخلاف ما لو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل أو لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فأكل بعد ما صار كبشا أو كلم بعد ما شاخ فانه يحنث لان تلك الاوصاف غير داعية الى اليمين لان الشرع أمرنا بالتحمل بأخلاق الفتيان ومداراة الصبيان وقد صرح في الكافي وغيره ان الصفة في المعين لغو الا اذا كانت داعية الى اليمين كما في مسئلة الرطب اذ ربما يضره الرطب لا التمر (ولا) يحنث (في لا يأكل بسرا بأكل رطب) لانه ليس ببسر والفرق بين هذه المسئلة وبين ما قبلها ان صفة البسورة وصفة الرطبية وجدتا ثابتة في المعين وكان مقتضى قولهم الصفة في المعين لغو ان تكون لغوا لكنها لم تلغ لكون الصفة داعية الى اليمين وههنا وجدت في المنكر والصفة فيه معتبرة فظهر من هذا ان قول صدر الشريعة اعلم انه لا فرق بين قولنا لا يأكل من هذا البسر فأكله رطبا وبين قولنا لا يأكل بسرا فأكل رطبا بناء على ان الرطب والبسر من أسماء الاجناس فاذا صار رطبا صار ماهية أخرى كما بينا في لا يدخل بيتا مع كونه مبنيا على كلامه المزيف في أول الباب مخالف لكلام الهداية والكافي وغيرهما ان صفة البسورة والرطبية داعية الى اليمين فان اعتبار صفة البسورة ونحوها ينافي اعتبار كون البسر ونحوه من أسماء الاجناس وان كان البسر ونحوه اسم جنس في الواقع فتدبر واستقم (ولا) يحنث (في لا آكل لحما بأكل سمك) والقياس ان يحنث لانه سمي في القرآن لحما وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشؤه من الدم ولا دم له لكونه في الماء (ولا) يحنث (في لا آكل لحما أو شحما بأكل الية) لانها نوع ثالث حتى لا تستعمل استعمال اللحوم والشحوم (ولا) يحنث (في لا يشتري رطبا باشتراء كباسة بسر فيها رطب) لان الشراء يصادف

(قوله وحنث في لا يأكل رطبا الخ) هذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يحنث بأكل المذنب وروي عن محمد الحنث وعدمه كما في البرهان (قوله وفي عرفنا لا يحنث) هو الصحيح كما في البرهان (قوله وعليه الفتوى) اشارة الى رد ما قيل ان العرف العملي لا يقيد اللفظ لما صرح به في الاصول من ان الحقيقة تترك بدلالة العادة كذا في البحر (قوله وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام) عليه الفتوى كما في البحر عن تهذيب القلانسي وعن المحيط قول محمد أظهر وبه أخذ الفقيه أبو الليث (قوله وهو رواية عن أبي يوسف) قال في البحر وعن أبي يوسف ان تسمية هذه الاشياء على ما تعارف أهل تلك البلاد في كلامهم (قوله الغداء) أي التغدي لان الغداء بفتح الغين المعجمة والمد اسم لما يؤكل في الوقت الخاص لا الاكل (قوله الاكل) ليس المراد به مطلق الاكل ولا مطلق المأكول لانه يشترط أن يكون المأكول مما يأكله أهل بلده حتى لو شرب اللبن أو أكل التمر أو الارز حتى شبع لم يحنث ان كان حضريا وان كان بدويا حنث ولو أكل أقل من أكثر الشبع لا يحنث حتى في السحور لان الشرط ان يزيد على أكثر نصف الشبع كما في التبيين والفتح (قوله من طلوع الفجر الى الظهر كذا في العرف) كذا في التجريد وفي الخلاصة وقت التغدي من طلوع الشمس الى الزوال وكذا قال الاسبيجابي في شرح الطحاوي كذا في الفتح وقال صاحب البحر ينبغي أن يكون هو المعتمد من العرف لان الاكل قبل طلوع الشمس لا يسمونه غداء اهـ (قوله والعشاء منه الى نصف الليل) كذا في الهداية وقال الجخندي والاسبيجابي هذا في عرفهم اما في عرفنا فالعشاء من بعد صلاة العصر كذا في الجوهرة والفتح (قوله ان أكلت أو شربت) كذا ان اغتسلت أو نكحت أو سكنت دار فلان ثم قال عنيت من جنابة أو امرأة دون امرأة أو بأجر ولم يسبق قبل ذلك كلام بأن استأجرها منه أو استعارها فأبى بخلاف ينوي السكنى بالاجارة أو الاعارة لا يصح قضاء ولا ديانة كما في الفتح (قوله ولا دلالة لها على المفعول الا اقتضاء) كذا في الهداية وقال الكمال المحقق ان المفعول في لا آكل ولابس ليس من باب المقتضى وهو من باب حذف المفعول اقتصارا وتناسيا لان المقتضى ما يقدر لتصحيح المنطوق وذلك بأن يكون الكلام مما يحكم بكذبه على ظاهره مثل رفع الخطأ والنسيان أو بعدم صحته شرعا مثل أعتق عبدك عني وليس قول القائل لا آكل يحكم بكذبه بمجرده ولا متضمنا حكما لا يصح شرعا الا بتقدير المفعول أعني المأكول من ضروريات وجود فعل الاكل ومثله ليس من باب المقتضى والا كان كل كلام كذلك اذ لا بد أن يستدعي معناه زمانا ومكانا فكان لا يفرق بين قولنا الخطأ والنسيان مرفوعان وبين قام زيد وجلس عمرو (قوله أصلا) أي لا قضاء ولا ديانة قال الزيلعي وعن أبي يوسف انه يصدق ديانة وبه أخذ الخصاف ونحن نقول نية غير الملفوظ لا تصح اهـ (قوله ولو ضم طعاما أو شرابا أو ثوبا دين) هذا بخلاف ما لو حلف لا يتزوج امرأة ونوى كوفية أو بصرية لا تصح لانه تخصيص الصفة ولو نوى حبشية أو عربية صحت فيما بينه وبين الله تعالى لانه تخصيص الجنس كذا في الفتح (قوله امكان البر) أي حقيقة لا عادة

الجملة والمغلوب تابع ولو كان اليمين على الاكل يحنث لان الاكل صادف شيأ فشيأ فكان كل واحد منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا أو لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير وأكلها يحنث في الاكل لا في الشراء لما ذكر (وحنث في لا يأكل رطبا أو بسرا أو لا بسرا بأكل مذنب البسر) المذنب بكسر النون الذي أكثره بسر وشيء منه رطب والرطب المذنب عكسه وانما حنث لانه أكل المحلوف عليه وزيادة فيحنث (و) حنث (في لا يأكل لحما بأكل كبد أو كرش) لان نشوء هذه الاشياء من الدم والاختصاص باسم آخر للنقصان كالراس والكراع قال صاحب المحيط هذا في عرف أهل الكوفة وفي عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما ولا تستعمل استعمال اللحوم (أو لحم خنزير أو انسان) لان كلا منهما لحم حقيقة وذكر العتابي انه لا يحنث وعليه الفتوى كذا في الكافي (والادام ما يصطبغ به الخبز كالخل والملح والزيت لا اللحم والبيض والجبن) يعني لو حلف لا يأتدم ولا نية له فكل شيء يصطبغ به الخبز فهو ادام وما لا فلا هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن أبي يوسف (الغداء الاكل من) طلوع (الفجر الى الظهر) كذا في العرف (والعشاء منه الى نصف الليل) لان ما بعد الزوال يسمى عشاء (والسحور منه الى الفجر) لانه مأخوذ من السحر فاطلق على ما يقرب منه فمن حلف لا أتغدى أو لا أتعشى أو لا أتسحر يراد بها هذه المعاني (قال ان أكلت أو شربت أو لبست) ولم يذكر مفعولا (ونوى) مأكولا أو مشروبا أو ملبوسا (معينا لم يصدق) لان المنفي ماهية هذه الافعال ولا دلالة لها على المفعول الا اقتضاء وقد تقرر ان المقتضى لا عموم له عندنا فلا تصح نية التخصيص (أصلا) أي لا قضاء ولا ديانة (ولو ضم طعاما أو شرابا أو ثوبا دين) أي صدق ديانة لا قضاء لان اللفظ حينئذ عام يقبل التخصيص لكنه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء (امكان البر شرط صحة الحلف) يعني ان اليمين انما

تنعقد عند أبي حنيفة ومحمد اذا كان المحلوف عليه ممكن الوقوع سواء كان الحالف بالله تعالى أو الطلاق أو العتاق (خلافا لأبي يوسف) وحاصله ان اليمين عقد كسائر العقود الشرعية فلا بد له من محل ومحله عنده خبر في المستقبل سواء قدر عليه الحالف أو لا ألا يرى ان اليمين على مس السماء أو تحويل الحجر ذهبا منعقدة لانه عقدها على خبر في المستقبل وان لم يقدر عليه وعندهما محله خبر فيه رجاء الصدق لان محل الشئ ما يكون قابلا لحكمه وحكم اليمين البر وهو لا يتحقق فيما ليس فيه رجاء الصدق فلا تنعقد أصلا كيمين الغموس (ففي) قوله (والله لاشربن ماء هذا الكوز اليوم) أو قوله ان لم أشرب الماء الذي هو في هذا الكوز اليوم فكذا (ولا ماء فيه أو كان) فيه ماء (فصب) الماء قبل الليل (أو أطلق) الحالف ولم يقل اليوم (ولا ماء فيه لم يحنث) عندهما لعدم صحة الحلف لانتفاء شرطها وهو امكان البر وعند أبي يوسف يحنث لصحة الحلف عنده (وان كان فيه ماء وصب حنث) لان البر وجب عليه اذا فرغ من التكلم لكن موسعا بشرط ان لا يفوته في عمره والبر ممكن عند الفراغ منه فانعقدت اليمين حتى لو امتنع بان صب الماء عقيب اليمين بلا تراخ لا تنعقد * فان قيل لم لم تنعقد اليمين على ماء يوجده الله تعالى في الكوز فانه ممكن * قلنا ذلك الماء ليس الماء الذي انعقدت اليمين عليه * فان قيل أمكن القول بانعقاد اليمين موجبة للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة * قلنا شرط انعقاد السبب في حق الحلف احتمال الانعقاد في حق الاصل ولا احتمال هنا لعدم امكان البر (وفي ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا حنث للحال) وعند زفر لا يحنث لاستحالة البر عادة ولنا ان الصعود الى السماء ممكن حتى وقع لبعض الانبياء والجن حيث قال تعالى وانا لمسنا السماء الآية وكذا قلب الحجر ذهبا ممكن في نفسه وواقع لبعض الاخيار واذا أمكن البر تنعقد اليمين فيحنث في الحال لعجزه عن تحقيق البر ظاهرا وذا كاف للحنث (كذا ليقتلن فلانا عالما بموته) اذ يراد حينئذ قتله بعد احياء الله تعالى وهو ممكن فتنعقد اليمين ويحنث في الحال أما اذا لم يكن عالما بموته فالمراد القتل المتعارف ولما كان ميتا كان ذلك ممتنعا حقيقة (شهر على انسان سيفا وحلف ليقتلنه فهو على حقيقته) فان قتل بر والا حنث لان السيف آلة له (ولو شهر عصا وحلف ليقتلنه فعلى) أي الحلف يقع على (ايلامه) لا حقيقة القتل فان آلم بر والا حنث لان العصا ليس آلة للقتل بل للايلام بالضرب كذا في شرح الجامع الكبير للصدر الشهيد سليمان (تحليف الوالي ليعلمه كل داعر أتى مقيد بحال ولايته) يعني اذا حلف الوالي رجلا له شعور على أهل الفساد ليعلمه كل مفسد يجيء في البلدة

(قوله فيما فيه رجاء الصدق) أي حقيقة لا عادة (قوله أو كان فيه ماء فصب) قال صاحب البحر ظاهر كلامهم انه لا فرق بين أن يكون قد صبه الحالف أو غيره أو انصب من غير فعل أحد (قوله لم يحنث) جواب المسائل الثلاث واطلاق المصنف يشمل ما اذا علم الحالف ان الكوز فيه ماء وما اذا لم يعلم وهو الصحيح اه كما في الهداية والتبيين والبحر (قوله وفي ليصعدن السماء الخ) أطلقه احترازا عما اذا قيد الصعود وقلب الحجر بمدة لانه لا يحنث قبل مضيها حتى لو مات قبل مضيها لا تجب الكفارة كما في الفتح وقيد بالفعل لانه لو حلف على الترك بان قال ان تركت مس السماء فعبدي حر لم تنعقد يمينه لان الترك لا يتصور في غير المقدور كذا في البحر (قوله كذا ليقتلن فلانا عالما بموته) بخلاف الحالف على ضربه لما قال قاضيخان حلف ليضربن فلانا اليوم وفلان ميت ان علم بموته لا يحنث وان لم يعلم فكذلك وان كان حيا وقت الحلف ثم مات لا يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد ويحنث في قول أبي يوسف اه (قوله شهر على انسان سيفا وحلف ليقتلنه فهو على حقيقته) مثله ما قال في شرح المختار لاضربنك بالسيف حتى تموت فهو على الموت حقيقة اه وكذا في البرهان وقاضيخان وكذا في البزازية قال لاضربنه بالسيف حتى يموت فانه لا يبر الا بالضرب حتى يموت اه ولكن قال الكمال لاضربنك حتى أقتلك فهو على الضرب الشديد وعندي أيضا على الضرب الشديد لاضربنك بالسيف حتى تموت ولاضربن ولدك على الارض حتى ينشق نصفين فهو على ان يضرب به الارض ويركله فقط وخلاف هذا ليس بصحيح اه والركل الضرب بالرجل الواحدة كما في الصحاح (قوله داعر) بالدال والعين المهملتين هو المفسد (قوله تقيد بحال ولايته) قال الكمال وفي شرح الكنز ثم ان الحالف لو علم بالداعر ولم يعلمه به لم يحنث الا اذا مات هو أو المستحلف أو عزل لانه لا يحنث في اليمين المطلقة الا باليأس الا اذا كانت مؤقتة فيحنث بمضي الوقت مع الامكان اه ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيدا نظرا الى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره فالداعي يوجب التقييد بالفور أي فور علمه اه كلام الكمال (تنبيه) تعتبر نية الحالف ظالما كان أو مظلوما ان كان الحلف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك وان كان الحلف بالله عز وجل فان كان الحالف مظلوما تعتبر نيته والا تعتبر نية المحلف عند أبي حنيفة ومحمد كذا في مختصر الظهيرية

كان ذلك مقيدا بحال ولاية الوالي وان لم يذكر فان أعلمه حال ولايته بر والا حنث وبعدما عزل لم يلزم الاعلام (والضرب والكسوة والكلام والدخول عليه) مقيد (بالحياة) يعني لو حلف على ضرب فلان أو كسوته أو الكلام معه أو الدخول عليه كان ذلك مقيدا بحياته حتى لو فعل هذه الافعال بعد موته لا يكون بارا لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في قبره يوضع فيه قدر من الحياة وكذا الكسوة اذ يراد به التمليك عند الاطلاق وهو في الميت لا يتحقق الا أن ينوي به الستر وكذا الكلام لان المقصود منه الافهام والموت ينافيه وكذا الدخول فان المقصود منه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو (لا الغسل) يعني لو حلف على غسل فلان لا يتقيد بحياته لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير وهو يتحقق في الميت (والقريب) مقيد (بما دون الشهر في ليقضين دينه الى قريب فالشهر) وما زاد عليه (بعيد) ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر (مد شعرها وخنقها وعضها كضربها) يعني لو حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا (قال) لامرأته (ان لبست من غزلك فهدي) أي فاللباس صدقة يتصدق بها في مكة (فاشترى الزوج (قطنا فغزلته) المرأة (ونسج) وخيط (ولبس) الزوج (فهو) أي اللباس (هدي) عند أبي حنيفة وقالا ليس عليه أن يهدي حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف لان النذر انما يصح في الملك أو مضاف الى سببه ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من أسبابه وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب ملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يذكر حتى اذا ذكر بان اضافه الى نفسه وقال ان لبست من غزلك من قطني فهدي بالاجماع وان اضافه اليها وقال ان لبست من غزلك من قطنك لم يكن هديا بالاجماع (عقد لؤلؤ لم يرصع وخاتم ذهب حلي لا خاتم فضة) يعني لو حلف لا يلبس حليا فلبس عقد لؤلؤ غير مرصع لم يحنث عند أبي حنيفة وقالا يحنث لانه

(قوله وبعدما عزل لم يلزم الاعلام) كذا لو عاد الى الولاية لا يعود اليمين لسقوطها كذا في الفتح (قوله والضرب والكسوة الخ) الاصل فيه ان كل فعل يلذ ويؤلم ويغم ويسر يقع على الحياة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه ومثله التقبيل اذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث وقيل ان عقد على تقبيل ملتح يحنث أو على امرأة لا يحنث وهو أي التقبيل على الوجه اه كذا في الفتح (تنبيه) الكلام من حلف القول لا الفعل فذكره هنا استطرادا (قوله والقريب مقيد بما دون الشهر) كذا العاجل فلا يحنث ان مات قبل مضي الشهر عند عدم النية فاما ان نوى بالقريب ونحوه مدة معينة فهو على ما نوى حتى لو نوى سنة أو أكثر صحت وكذا الى آخر الدنيا لانها قريبة بالنسبة ٥٣ الى الآخرة كذا في الفتح وأول الشهر قبل مضي النصف وغرة الشهر الليلة الاولى مع اليوم الاول وثلاثة أيام لغة والسلخ لغة من الثامن والعشرين الى الآخر وعرفا من التاسع والعشرين ورأس الشهر ورأس الهلال واذا أهل الهلال ولانه له فعلى الليلة التي تهل ويومها وان نوى الساعة التي يهل يصدق لانه تغليظ عليه وآخر أول الشهر وأول آخره الخامس عشر والسادس عشر كذا في مختصر الظهيرية وقريبا من سنة فهو على نصفها والى صفر لا يدخل أوله على المفتى به كذا في البزازية (قوله وقيل لا يحنث في حال الملاعبة) هو الصحيح كما في مختصر الظهيرية والبزازية وقاضيخان (قوله من غزلك) أي مغزولك (قوله فهو هدي) أي عليه اهداؤه الى مكة وقال الكمال وان نذر ثوبا جاز التصدق في مكة بعينه أو بقيمته ولو نذر اهداء ما لا ينقل كالدار فهو نذر بقيمتها وان نذر هدي شاة أو بدنة فانما يخرجه عن العهدة بذبحه في الحرم والتصدق به هنالك فلا يجزئه اهداء قيمته وقيل في اهداء قيمة الشاة روايتان فلو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره اه وفي هذا تنبيه على مفارقة الصدقة بمكة لان مدلول الهدي خاص بما يكون بمكة والصدقة لا تختص بها (قوله من قطن ملكه يوم حلف) يعني وقت حلف (قوله وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج) كذا في الهداية وقال الكمال والواجب في ديارنا أن يفتى بقولهما لان المرأة لا تغزل الا من كتان نفسها أو قطنها فليس الغزل سببا لملكه للمغزول عادة فلا يستقيم جواب أبي حنيفة رحمه الله فيه اه (قوله والمعتاد هو المراد وذلك سبب ملكه الخ) معنى كونه سببا كونه كلما وقع ثبت الحكم عنه وكون الغزل في العادة يكون من قطن مملوك له يستلزمه كونه كلما وقع ثبت عنده ملك الزوج في المغزول ولهذا فارق مسئلة التسري حيث لا يحنث فيها بالشراء بعد الحلف لان الاضافة الى التسري ليست اضافة الى سبب الملك لان الملك لا يثبت عند التسري أثرا له بل هو أي الملك مقدم عليه أي التسري كذا في الفتح

(قوله وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما) كذا في الهداية وقال الزيلعي وفي الكافي قولهما أقرب الى عرف ديارنا فيفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد وعلى هذا الخلاف اذا لبس عقد زبرجد أو زمرد غير مرصع اه (قوله وان تختم بخاتم فضة لا يحنث) قال الزيلعي وذكر في النهاية معزيا الى الفوائد الظهيرية ان خاتم الفضة اذا صيغ على هيئة خاتم النساء بأن كان ذا فص يحنث وهو الصحيح اه وقيد بالخاتم لانه لو لبس سوارا أو خلخالا أو قلادة أو قرطا أو دملوجا حنث بذلك كله ولو من فضة كذا في الفتح (قوله أو لا ينام على هذا الفراش فنام على فراش فوقه) كذا في الهداية وقال الكمال وروى عن أبي يوسف رواية غير ظاهرة عنه انه يحنث لانه يسمى نائما على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصر أحدهما تبعا للآخر وحاصله أن كون الشئ ليس تبعا لمثله مسلم ولا يضرنا نفيه في الفراشين بل كل أصل بنفسه ويتحقق الحنث بتعارف قولنا نام على فراشين وان كان لم يماسه الا الاعلى اه (قوله قرام) ٥٤ هو الستر المنقش والقرمة الحبس وهو ما يبسط فوق المثال وقيل هما بمعنى

كذا في المغرب (قوله ويفعله يقع على مرة) قال الكمال سواء كان مكرها فيه أو ناسيا أصلا أو وكيلا واذا كانت اليمين مطلقة لا يحنث حتى يقع اليأس عن الفعل بموت الحالف أو فوات محل الفعل وان كانت مقيدة مثل لأأكله اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضي الوقت عندهما على ما سلف في مسئلة الكوز خلافا لابي يوسف ولو مات الحالف قبل مضيه لا حنث عليه ولا كفارة ولو جن الحالف في يومه حنث عندنا خلافا لاحمد اه (قوله بعلى المشي الى بيت الله) قال الكمال أي اذا أراد به الكعبة ولو أراد بعض المساجد لم يلزمه شئ وكذا لا يلزمه شئ بقوله على المشي الى بيت المقدس أو مدينة رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله أو الكعبة) كذا على المشي الى مكة أو بكة بالباء كما في الفتح (قوله ماشيا) أي من بيته على الراجح لا من حيث يحرم من الميقات واذا كان الناذر بمكة اختلفوا في لزوم المشي حال ذهابه الى العمرة الى أن يجاوز الحرم أو لا يلزمه المشي الا بعد رجوعه قال الكمال والوجه يقتضي لزومه بما قدمناه في الحج من انه يلزمه المشي من بلدته اه (قوله (لا ودم ان ركب) قال في الهداية والتبيين وان شاء ركب وأراق دما اه فاستفيد منه التخيير بين المشي والركوب (قوله لكنه مستحسن بالاثر فانه من علي رضي الله عنه) كذا في الهداية وقال في العناية قال محمد رحمه الله في الاصل بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال من جعل على نفسه الحج ماشيا حج وركب وذبح شاة لركوبه كذا في بعض الشروح وليس بمطابق لما نحن فيه لجواز أن يكون ذلك فيمن جعل على نفسه الحج ماشيا بغير هذا اللفظ وليس الكلام فيه وقال آخرون روى عن علي رضي الله عنه أنه أجاب في هذه المسئلة بأن عليه حجة أو عمرة وهذا مطابق وقد روى شيخي رحمه الله في شرحه ان أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي الى بيت الله فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم ان تحرم بحجة أو عمرة اه قلت المطابق وما بعده لا يستفاد منه التخيير بين الركوب والمشي فالمدعى أعم ويرد على اطلاق التخيير ما قد ورد في بعض الطرق وانها أي أخت عقبة بن عامر لا تطيق ذلك أي المشي

حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به منفردا معتاد وان تختم بخاتم ذهب حنث لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال وان تختم بخاتم فضة لا يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى أبيح استعماله للرجال (حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط أو حصير أو لا ينام على هذا الفراش فنام على فراش فوقه أو لا يجلس على هذا السرير فجلس على سرير فوقه لم يحنث) اما الاول فلانه لا يسمى جالسا على الارض واما الثاني والثالث فلان مثل الشئ لا يكون تبعا له فقطع النسبة عن الاول (ولو حال بينه وبينها لباسه) في الصورة الاولى (أو جعل على الفراش قرام أو على السرير بساط أو حصير) في الصورتين الاخيرتين (حنث) اما في الاولى فلان لباسه تبع له فلا يعد حائلا واما في الثانية فلان القرام تبع للفراش فيعد نائما عليه وأما في الثالثة فلان الجلوس على بساط أو على حصير فوق السرير جلوس على السرير لان الجلوس عليه في العادة كذلك قوله على هذا السرير اشارة الى ان ما وقع في الهداية والوقاية والكنز من تنكير سرير كأنه سهو من الناسخ اذ على هذا لا يستقيم قول الهداية بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فان هذا لا يستقيم الا في المعين بل الصواب ما في الكافي من تعريف السرير فليتأمل (لا يفعله يقع على الابد) يعني اذا قال والله لا أفعل كذا وجب أن لا يفعله أبدا لانه في المعنى نكرة في سياق النفي (ويفعله) يقع (على مرة) لانه نكرة في سياق الاثبات (بعلى المشي) يعني بقوله على المشي (الى بيت الله أو الكعبة) سواء كان فيها أو في غيرها (يجب عليه حج أو عمرة ماشيا ودم ان ركب) وفي القياس لا يجب عليه شئ لا التزامه ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل لكنه مستحسن بالاثر فانه عن علي رضي الله عنه

(لا شيء بعلي الخروج أو الذهاب الى بيت الله أو المشي الى الحرم أو المسجد الحرام أو الصفا والمروة) لان التزام هذه الافعال بهذه العبارات غير متعارف ولا يمكن ايجابها باعتبار حقيقة اللفظ لانها ليست بقربة مقصودة (قال لعبده ان لم أحج العام فأنت حر فشهدا بنحره بالكوفة لم يعتق) العبد عندهما وقال محمد يعتق لانها شهادة على أمر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية اذ لا مطالب لها فصار كما اذا شهدا انه لم يحج العام غايته ان هذا النفي مما يحيط به علم الشاهد ولكنه لم يميز بين نفي ونفي تيسيرا كذا في الهداية والكافي وغيرهما من كتب الفروع لكنه يخالف لما تقرر في كتب الاصول ان النفي اذا كان محصورا أحاط به علم الشاهد كان مثل الاثبات (في لا يصوم حنث بصوم ساعة بنيته) يعني حلف بانه لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم أفطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات في النهار على قصد التقرب (ولو ضم يوما أو صوما لا) يحنث (حتى يتم يوما) لان المراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك باتمامه الى آخر اليوم (وفي لا يصلي) حنث (بركعة لا بما دونها) يعني لا يحنث بالقيام أو القراءة أو الركوع وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلاة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يأت بكلها لا تسمى صلاة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في باقي الاجزاء (ولو ضم صلاة فبشفع لا أقل) اذ يراد بها الصلاة المعتبرة شرعا وأقلها ركعتان للنهي عن البتيراء (وبان ولدت فأنت كذا يحنث بولد ميت) يعني لو قال لامرأته ان ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا لو قال لامته ان ولدت ولدا فأنت حرة فولدت ميتا لان المولود ولد حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى ينقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه أم ولد له فتحقق الشرط (وفي ان ولدت) ولدا (فهو) أي الولد (حر عتق الحي ان ولدت ميتا ثم حيا) عنده وقالا لا يعتق لان الشرط تحقق بولادة الميت كما ذكرنا فانحلت اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وله ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة تصحيحا لكلام العاقل اذ لو لم يتقيد به لغا لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي لا تثبت في الميت فيتقيد به كما اذا قال ان ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح للتقييد (وفي ليقضين دينه اليوم وقضاه زيوفا أو نبهرجة أو مستحقة أو باعه به شيأ وقبضه بر) يعني اذا حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضه زيوفا أو نبهرجة أو مستحقة لم يحنث لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا لدينه فوجد شرط البر

(قوله والمشي الى الحرم أو المسجد الحرام) هذا عند أبي حنيفة وقالا في قوله على المشي الى الحرم أو المسجد الحرام عليه حجة أو عمرة كذا في التبيين (قوله وفي لا يصوم حنث بصوم ساعة) نص محمد في الجامع ٥٥ الصغير وهو الاصح خلافا لما ذكره التمرتاشي انه لا يحنث لانه لتعظيم الله تعالى وذلك لا يحصل بالفاسد الا اذا كانت في الماضي كما في الفتح (قوله وفي لا يصلي بركعة) شامل لحنثه بالصحيحة والفاسدة ولو قيد بذكر الركعة لا يحنث بالفاسدة لما قال في الفتح عن الذخيرة ومثله في قاضيخان والبزازية لو قال لعبده ان صليت ركعة فأنت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الاولى لانه في الصورة الاولى ما صلى ركعة لانها بتيراء منهي عنها بما يمنع الصحة لو فعلت بخلاف ما اذا صلى شفعا اهـ ولو حلف لا يحج فهو على الصحيح دون الفاسد كما في البحر عن الظهيرية (قوله ولو ضم صلاة فبشفع) اختلفوا في وقت حنثه والاظهر انه ان عقد يمينه على مجرد الفعل وهو اذا حلف لا يصلي صلاة يحنث قبل القعدة لان الحق أن الاركان الحقيقية هي الخمسة والقعدة ركن زائد على ما تحرر وانما وجبت للختم فلا تعتبر ركنا في حق الحنث وان عقدها على الفرض كصلاة الصبح أو ركعتي الفجر ينبغي أن لا يحنث حتى يقعد كما في الفتح (قوله وكذا لو قال لامته) يعني وكذا يحنث لو قال لامته الخ وليست الاشارة للطلاق كما يوهمه ظاهر العبارة والمصنف شرح متنه بعبارة الهداية ومتنه أولى كالكنز وشرحه الزيلعي بعبارة الهداية (قوله بخلاف جزاء الطلاق) كذا في الهداية والاضافة بيانية (قوله لانه لا يصلح) الضمير للجزاء صرح به في العناية بقوله لانه أي الجزاء وقوله لا يصلح للتقييد يعني لا يفتقر الجزاء للتقييد بحياة الولد لاستغناء الام عن حياته فلم يكن الشرط للطلاق والعتاق الا الولادة وقد تحققت (قوله وفي ليقضين دينه اليوم الخ) كذا الحكم لو حلف رب الدين فقال ان لم أقبض مالي عليك اليوم أو ان لم استوف كما في الفتح (قوله أو باعه به شيأ وقبضه) كذا في الهداية وليس القبض قيدا احترازيا لما سيذكره المصنف فكان عليه أن لا يشترط القبض

(قوله وقد تحققت بالبيع) أي بعد ورود البيع تحققت المقاصة (قوله فكأنه شرط القبض لتقرر القضاء به) كذا في الهداية يشير الى أن ما وقع في الجامع الصغير من التقييد بالقبض ليس احترازيا وانما نص محمد على القبض تأكيدا للبيع لتقرر الدين على رب الدين لان الثمن وان وجب بالبيع لكنه على شرف السقوط لجواز ان يهلك المبيع قبل القبض كذا في الفتح وقال الزيلعي اشتراط قبض المبيع في الجامع الصغير وقع اتفاقا الا انه شرط البر اه (قوله لا أي لا يبر) لم يتعرض للحنث في المسائل الثلاث ويحنث بمضي اليوم في اعطاء الستوقة والرصاص لكون اليمين مؤقتة باليوم وأما في الهبة فكذلك في غير المؤقتة لما قال الكمال اذا وهبه وكانت اليمين مقيدة وقبل الهبة والوقت باق ٥٦ لم يبر ولم يحنث ولا يستلزم ارتفاع النقيضين وهما البر والحنث لان النقيضين اللذين يجب صدق أحدهما انما في الامور الحقيقية ككون زيد في الدار وعدمه أما في الامور الشرعية فانما يثبت حكمهما ما دام السبب قائما فاذا فرض انتفاؤه انتفى الحنث والبر وان كانت اليمين مطلقة فلا شك أنه يحنث بالاتفاق لان التصور لا يشترط بقاؤه في اليمين المطلقة بل في الابتداء وحين حلف كان الدين قائما فكان تصور البر ثابتا فانعقدت ثم حنث بعد مضي زمن يقدر فيه على القضاء باليأس من البر بالهبة اه (قوله فان قبض دينه في وزنتين) المراد تعدد الوزنات لا خصوص الثنتين والحيلة أن يبقى على المديون درهما اذا تعدد المجلس (قوله ولا في ان كان لي الامائة) في جعله من حلف الفعل تأمل (قوله لا يشم) بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم في الماضي هي اللغة المشهورة الفصيحة كذا في الفتح (قوله ان شم وردا) يعني قصدا فلو وجد ريحه بلا قصد ووصلت الرائحة الى دماغه لم يحنث كما في الفتح (قوله لانه اسم لما لا ساق له) كذا في الهداية وقال الكمال وفي المغرب الريحان كل ما طاب ريحه من النبات وعند الفقهاء ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه وقيل في عرف أهل العراق اسم لما لا ساق له من البقول مما له رائحة مستلذة وقيل اسم لما ليس له شجر ذكره في المبسوط ثم قال الكمال لا والذي يجب أن يعول عليه في ديارنا هذا ارذلك كله لان الريحان متعارف لنوع وهو ريحان الحماحم وأما كون الريحان الترنجي منه فيمكن ان لا يكون لانهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان ترنجي وعند ما يطلقون اسم الريحان لا يفهم منه الا الحماحم فلا يحنث الا بعين ذلك النوع اه وقال صاحب البحر ما قاله الكمال هو الواقع في مصر

{باب حلف القول}

(قوله والمختار) هو الاول قال في البرهان وهو الاظهر (قوله لان الاذن مشتق من الاذان) يريد به الاشتقاق الكبير

وكذا النبهرجة وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق وكذا لو باع من الدائن عبدا بدينه وقبضه بر لان قضاء الدين طريقه المقاصة لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وقد تحققت بالبيع فكأنه شرط القبض لتقرر القضاء به (ولو كان) ما قضاه (ستوقة أو رصاصا أو وهبه) أي الدائن الدين (له) أي للمديون (لا) أي لا يبر أما الستوقة والرصاص فلانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم واما الهبة فلعدم المقاصة (وفي لا يقبض دينه درهما دون درهم لم يحنث حتى يقبض كله متفرقا غير ضروري) يعني اذا حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض كله متفرقا لان الشرط قبض الكل بوصف التفرق لانه أضاف القبض الى دين معرف بالاضافة الى نفسه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبض دينه في وزنتين لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث لانه ليس بتفريق اذ قد يتعذر قبض الكل دفعة في العادة فيكون هذا القدر مستثنى منه واليه أشار بقوله غير ضروري (ولا في ان كان لي الامائة فكذا ولم يملك الا خمسين) يعني اذا قال ان كان لي الامائة درهم فكذا ولم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة وكذا اذا قال غير مائة أو سوى مائة لان كلها اداة استثناء (ولا) أي لا يحنث (في لا يشم ريحانا ان شم وردا أو ياسمينا) لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق (والبنفسج والورد يقع على الورق) حتى لو حلف لا يشتري بنفسجا أو وردا فاشترى ورقه حنث ولو اشترى دهنهما لا يحنث لانهما يقعان على الورق لا الدهن في عرفنا كذا في الكافي

{باب حلف القول}

(حنث في لا يكلمه ان كلمه نائما فايقظه) لانه كلمه وأسمعه فيحنث ولو لم يوقظه ذكر القدوري انه ان كان بحيث يسمع لو لم يكن نائما وأصغى اليه اذنه يحنث والمختار الاول (و) حنث (في لا يكلمه الا باذنه ان أذن ولم يعلم فكلمه) لان الاذن مشتق من الاذان بمعنى الاعلام أو من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع (و) حنث في لا يكلم (صاحب هذا الثوب فباعه فكلمه) لان هذه الاضافة

لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادي لمعنى في الثوب ولا يحنث اذا كلم المشتري فيراد به الذات (و) حنث (في لا يكلم هذا الشاب فكلمه شيخا) لان الحكم تعلق بالذات لان الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين لتعتبر كما مر (و) حنث (في هذا حر ان بعته أو شريته ان عقد بالخيار) يعني اذا قال لعبده هذا حر ان بعته فباعه على انه بالخيار يعتق لانه لم يخرج عن ملكه وقد وجد الشرط فيه ولو قال لعبد الغير ان اشتريته فهو حر فشراه بالخيار يعتق أما عندهما فلانه دخل في ملك المشتري واما عنده فلانه علق العتق بالشراء لا بالملك والمعلق بالشرط كالمنجز عند وقوعه فكأنه قال بعد الشراء بالخيار هو حر ومن اشترى عبدا بالخيار واعتقه بعد الشراء سقط خياره ويثبت الملك بمقتضى الاعتاق سابقا عليه كذا هنا بخلاف قوله ان ملكتك فأنت حر فاشتراه بالخيار لا يعتق لان شرط الحنث وهو الملك لم يوجد لان المشتري بالخيار لا يملكه عند أبي حنيفة فلم ينزل الجزاء وان باعه بيعا باتا لا يعتق لان البيع كما تم زال الملك والجزاء لا ينزل في غير الملك (و) حنث (بالفاسد والموقوف) يعني اذا حلف لا يبيع يحنث بالبيع الفاسد لوجود حده وهو التمليك والتملك من الجانبين (لا الباطل) لانتفاء حده (و) حنث (في ان لم أبعه فكذا فأعتق أو دبر) لوجود المعلق عليه (و) حنث بفعله و(فعل وكيله في حلف النكاح والطلاق والخلع والعتق والكتابة والصلح عن دم عمد والهبة والصدقة والقرض والاستقراض) أقول عدهم الاستقراض ههنا مشكل لانهم صرحوا بان التوكيل بالاستقراض باطل فيجب ان لا يترتب عليه الحنث لان الباطل لا يترتب عليه الحكم (والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة والذبح وضرب العبد وقضاء الدين وقبضه والبناء والخياطة والكسوة والحمل) يعني اذا قال ان تزوجت فكذا فان تزوج بنفسه أو زوجه وكيله يحنث وكذا حال سائر الصور ووجهه ان الوكيل فيها سفير محض حتى ان الحقوق ترجع الى الآمر فكأن الآمر فعل بنفسه (و) حنث (بفعله فقط) أي دون فعل وكيله (في حلف البيع والشراء والاجارة والاستئجار والصلح عن مال والخصومة والقسمة وضرب الولد) وأنت خبير بأن ما يرد في الاستقراض وارد ههنا في ضرب الولد لان الضرب فعل حسي لا ينتقل من محل الى آخر الا اذا صح التوكيل وصحته في الاموال فيصح بالنظر الى العبد ويبطل بالنظر الى الولد (ولا يحنث في لا يتكلم فقرأ القرآن أو سبح أو هلل أو كبر في

(قوله وان باعه بيعا باتا لا يعتق) قال الزيلعي وينبغي أن تنحل اليمين لوجود الشرط وهو البيع حقيقة اه (قوله يعني ان حلف لا يبيع يحنث بالبيع الفاسد) قاصر عن افادة المتن لانه شامل لما اذا كان الحالف هو المشتري ولما اذا حلف شخص انه لا يبيع ولا يشتري وقاصر عن شرحه صورة البيع الموقوف فنقول اذا كان البيع فاسدا وكان الحالف هو البائع ينظر ان كان العبد في يد المشتري مضمونا عليه بمثل غصب لا يعتق لانه كما تم البيع يزول عن ملكه كالبيع الصحيح البات وينبغي أن تنحل اليمين لما قلنا في الصحيح البات وان كان العبد في يد البائع عتق لانه لا يزول ملكه قبل ٥٧ التسليم ولو كان المشتري هو الحالف بعتقه فاشتراه فاسدا وهو في يده مضمون بمثل غصب يعتق لدخوله في ملكه كما تم البيع والا فلا واذا كان البيع أو الشراء موقوفا لصدوره عن فضولي فيحنث به لوجود البيع حقيقة لوجود ركنه وشرطه ومحله وكذا حكما على سبيل التوقف كما في التبيين (قوله أو دبر) أي تدبيرا مطلقا (قوله لوجود المعلق عليه) هو عدم البيع لوقوع اليأس عنه بفوات المحلية فيحنث وهو الصحيح ولا يعتبر توهم منع اليأس بارتداد الامة وقضاء القاضي ببيع المدبر ولحوق العبد الذمي بدار الحرب كما في الفتح (قوله وحنث بفعله وفعل وكيله) لو قال مأموره لكان أولى ليشمل رسوله لانه يحنث بالرسالة في هذه الاشياء وكان يستغني عن ايراد الاعتراض على التوكيل بالاستقراض (قوله ووجهه ان الوكيل فيها سفير محض حتى ان الحقوق ترجع الى الآمر) أي فيما له حق من الامور المذكورة وذلك لانها منقسمة الى ثلاثة أنواع الاول ما ترجع حقوقه الى الآمر الثاني ما لا حقوق له أصلا الثالث ما هو من الافعال الحسية ذكره في البحر ولو نوى المباشرة بنفسه فقط صدق قضاء وديانة فيما كان من الحسيات كالضرب والذبح وصدق ديانة فقط فيما كان من الحكميات كالتزوج والطلاق كما في الفتح (قوله أي دون فعل وكيله في حلف البيع الخ) قال في البرهان الا اذا نوى التوكيل أيضا لانه شدد الامر على نفسه أو كان ذا سلطان لا يباشر هذه الامور بنفسه عادة فحينئذ يحنث بالتفويض فان كان يباشر تارة ويفوض أخرى يعتبر الغالب اه (قوله وضرب الولد) أي الصغير وقال الكمال مقتضى عرفنا الحنث بالامر بضرب الولد يقال فلان ضرب ولده وان أمر مؤدبه بذلك (قوله ولا يحنث في لا يتكلم فقرأ القرآن أو سبح أو هلل أو كبر في صلاته) متفق عليه وهو استحسان والقياس الحنث

صلاته أوخارجها) عندنا لانه لايسمى متكلما عرفا وشرعا وعند الشافعى يحنث وهو القياس (يوم أكلمه) يقع (على الملوين) يعنى اذا قال لعبده انت حر يوم أكلم فلانا يقع على الليل والنهار لما مران اليوم اذا قرن بفعل غير ممتد يراد به مطلق الوقت (وصح نية النهار) لانه مستعمل فيه أيضا عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف لا يصدق قضاء لكونه خلاف المتعارف (وليلة أكلمه) يقع (على الليل خاصة) لان الليل لا يستعمل فى مطلق الوقت (الا ان) أى لفظ الا ان للغاية كحتى ففى لا أكلمه الا ان يقدم زيد أوحتى يقدم يحنث ان كلمه قبل قدومه والا لغا ضرب المدة (لا يكلم عبده) اى اذا قال لا يكلم عبد فلان (أولا يلبس ثوبه أولا يدخل داره اولا يأكل طعامه أولا يركب دابته ان أشار) الى المضاف بأن قال عبده هذا مثلا (وزالت اضافته) بان أخرجه من ملكه (لايحنث) لان اليمين عقدت على عين مضاف الى فلان اضافة ملك فلا تبقى اليمين بعد زوال الملك كما اذا لم يشر لان هذه الاعيان لا يقصد هجرانها لذواتها بل لاذى من ملاكها واليمين تعقد بمقصود الحالف فصار كأنه قال مادام لفلان (كالمتجدد) يعنى لايحنث ان تجدد الملك فى هذه الاشياء اجماعا بان اشترى فلان عبدا أوثوبا آخر أودارا أودابة أخرى (وان لم يشر) أى أضاف الى فلان ولم يشر الى المضاف (لايحنث بعد الزوال) أى زوال الاضافة لانه عقد يمينه على فعل واقع فى محل مضاف الى فلان ولم يوجد فلا يحنث (ويحنث بالمتجدد) أى يحنث بالفعل فى المتجدد ملكا لان اللفظ مطلق فيجرى على اطلاقه (وفى الصديق والزوجة يحنث فى المشار اليه بعد الزوال) أى لوحلف لا يكلم صديق فلان هذا اوزوجة فلان هذه فكلم بعد زوال الصداقة والزوجية يحنث اجماعا لان الحر مقصود بالهجران فكانت الاضافة للتعريف المحض والداعى لمعنى فى المضاف اليه غير ظاهر لانه لم يعين أى لم يقل لا أكلم صديق فلان لان فلانا عدو لى فلا يشترط دوامها بخلاف ما مر آنفا لان تلك الاعيان لا تهجر لذواتها أما غير العبد فظاهر وكذا العبد على ظاهر الرواية لانه لخسته وسقوط منزلته ألحق بالجمادات فكانت الاضافة معتبرة فلا يحنث بعد زوالها (وفى غيره) أى المشار اليه بان قال لا أكلم صديق فلان أوزوجة فلان فزالت النسبة بان عادى صديقه أوابان امرأته فكلم (لا) أى لايحنث لان مجرد هجران الحر لغيره محتمل واذا ترك الاشارة اليه دل ذلك على المحتمل اذلو كان لعينه لعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة مع وجود هذا الاحتمال (حين وزمان بلا نية نصف سنة نكرا وعرف) لان الحين يراد به الزمان القليل قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون الآية وقد يراد به أربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة أشهر قال الله تعالى تؤتى أكلها كل حين فسره ابن عباس رضى الله عنهما بستة أشهر وهذا وسط فينصرف اليه والزمان يستعمل استعمال الحين (وبها) أى بالنية (مانوى) لانه نوى حقيقة

(قوله أوخارجها) فى غير ظاهر المذهب وهو قول شيخ الاسلام خواهرزاده كذا فى البرهان واليه ذهب الصدر الشهيد والعتابى ذكره ابن الضياء وقال الكمال اختار المشايخ انه لايحنث أيضا بجميع ذلك خارج الصلاة واختير للفتوى من غير تفصيل بين عقد اليمين بالعربية والفارسية لان مبنى الايمان على العرف المتأخر اه لكن نقل فى البحر عن الواقعات ان المختار للفتوى ان اليمين ان كانت بالعربية لم يحنث بالقراءة فى الصلاة ويحنث بالقراءة خارجها وان كانت بالفارسية لايحنث مطلقا ثم قال صاحب البحر وقد اختلف الفتوى والافتاء بظاهر المذهب أولى اه *قلت الاولوية غير ظاهرة لما ان مبنى الايمان على العرف المتأخر ولما علمت من أكثرية التصحيح له اه ونقل عن تهذيب القلانسى انه لايحنث بقراءة الكتب ظاهرا او باطنا فى عرفنا اه (قوله الا ان الغاية كحتى) انما قال ذلك لانها تخالف الشرطية لانه اذا مات زيد سقط الحلف فى الغائية كقوله لا أكلمه الا ان يقدم زيد ولا يسقط الحلف فى غيرها كقوله أنت طالق الا ان يقدم زيد فانه ان قدم فلان لا تطلق وان لم يقدم حتى مات فلان طلقت لانه لما تعذر الاستثناء لعدم المجانسة بين الطلاق والقدوم كان حملها على الشرط أولى من حملها على الغاية لان الطلاق لا يحتمل التأقيت كما فى التبيين (قوله ان أشار وزالت اضافته) جواب الشرط غير ثابت فيما رأيته من النسخ ولا بد منه وهو كما قال فى الكنز وفعل لايحنث (قوله لان اليمين عقدت على عين الخ) تعليل لعدم الحنث المستفاد من جواب الشرط الذى ذكرنا انه محذوف من النسخة (قوله وفى غيره اى فى غير المشار اليه الخ) هذا اذا لم تكن له نية وأما اذا نوى فعلى مانوى لانه نوى محتمل كلامه كما فى التبيين (قوله حين وزمان بلا نية نصف سنة) قال الكمال ويعتبر ابتداؤها من وقت اليمين بخلاف لأصومن حينا أوزمانا كان له ان يعين أى ستة أشهر شاء اه

(قوله ودهر لم يدر) يعني اذا لم تكن له نية كما في البرهان اه * فان قيل ذكر في الجامع الكبير اجمعوا فيمن قال ان كلمته دهورا او شهورا او سنينا او جمعا او اياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات فكيف قال ابو حنيفة لا أدري الدهر قلنا هذا تفريع لمسئلة الدهر على قول من يعرف الدهر كما فرع مسائل المزارعة على قول من يرى جوازها قاله ابن الشحنة رحمه الله تعالى اه ونقل التوقف عن الائمة الاربعة بل عن النبي صلى الله عليه وسلم وجبريل عليه السلام واقد احسن شيخ الاسلام برهان الدين بن ابي شريف حيث قال

حل الامام ابا حنيفة دينه * ان قال لا ادري لتسعة اسئله
اطفال اهل الشرك اين محلهم * وهل الملائكة الكرام مفضله
ام انبياء الله ثم اللحم من * جلالة اني يطيب الاكل له
والدهر مع وقت الختان وكلبهم * وصف المعلم اي وقت حصوله
والحكم في خنثى اذا ما بال من * فرجيه مع سؤر الحمار استشكله
واجاز نقش الجدار لمسجد * من وقفه ام لم يجز ان يفعله

انتهى كذا نقلته من خط استاذي شيخ الاسلام محمد المحبي امتع الله بحياته اه * قلت ولا يخفى ان الدهر في كلام هذا الناظم معرف وهو لم يتوقف فيه الامام الاعظم بل في المنكر اه ح وقال صاحب البحر توقف الامام ابو حنيفة رحمه الله تعالى في اربع عشرة مسئلة كما في السراج الوهاج اه (قوله واياما حال كونها منكرة ثلاثة) هو الصحيح كما في الجامع الكبير وذكر في الاصل انه يقع على عشرة ايام قال في البرهان واكثر مشايخنا على انه غلط والصحيح ما ذكر في الجامع (قوله والايام والشهور عشرة) كذا السنون والجمع والدهور والازمنة بالتعريف عشرة من تلك حتى يلزمه في الازمنة خمس سنين لان كل زمان ستة اشهر عند عدم النية عند الامام وقال في الايام ينصرف الى ايام الاسبوع وفي الشهور الى اثنى عشر شهرا وفيما بقي الى جميع العمر وهو الابد كذا في الفتح (قوله فان ضم وحده عتق الثالث) واحترز به عما لو قال واحدا فانه لا يعتق والفرق بينهما ان وحده يقتضي الانفراد في الفعل المقرون به ونفي مشاركة الغير اياه في ذلك الفعل ولا يقتضي الانفراد في الذات وواحدا يقتضي الانفراد في الذات وتأكيد الموجب فلم يتعلق الحكم به فلم يعتق الا اذا نوى معنى التوحد في حالة الشراء وتمامه في التبيين والفتح وقال صاحب البحر واذا كان مجرورا فهو صفة للعبد فهو كوحده اه (قوله وفي آخر عبد) لم يذكر حكم الوسط ولا يكون الا في وتر لا شفع فاذا اشترى عبدا ثم عبدا ثم عبدا فالثاني وسط فاذا اشترى رابعا خرج عن الوسط فاذا اشترى خامسا صار الثالث وسطا وهكذا كما في البحر عن البدائع (قوله يوم شرى من الكل عنده) يعني ان كان شراؤه في صحته كما في التبيين (قوله متفرقين) كذا في الهداية وقال الكمال اي متعاقبين اه ولو كتب احدهم اليه كتابا بالبشارة يعتق الا اذا نوى المشافهة ولو ارسل اليه رسولا لا يعتق في البشارة والخبر بخلاف الحديث لا يحنث الا بالمشافهة ويشترط الصدق في البشارة وفي ان اخبرني بقدوم زيد بخلاف من اخبرني ان فلانا قدم فانه ينطلق على الكذب والصدق كذا في البحر (قوله صح شراء ابيه للكفارة) اشار به الى انه لا يجزيه عنها بالارث لانه ثبت فيه الملك بلا اختيار فلا تتصور النية فيه اه ويجزيه عن الكفارة اذا نواه عنها عند قبول هبة او وصية او صدقة لسبق النية مختارا في السبب كما نص عليه في الفتح

كلامه (ودهر لم يدر) قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى الدهر منكرا لا أدري ما هو اي بأي شيء يقدر وعندهما نصف سنة كحين وزمان (والدهر) معرفا يراد به (الابد) عرفا (واياما) حال كونها (منكرة ثلاثة) لانه جمع ذكر منكرا فيتناول اقله وهو الثلاثة (وايام كثيرة والايام والشهور عشرة) يعني اذا قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فهي عند ابي حنيفة عشرة ايام لانها اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام وان حلف لا يكلمه الايام فعلى عشرة عنده وعندهما على ايام الاسبوع وان حلف لا يكلمه الشهور فعلى عشرة اشهر عنده وعلى اثنى عشر شهرا عندهما لان اللام للعهود وهو ما ذكر لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وهو عشرة (قال اول عبد اشتريته حر فاشترى عبدا عتق) اذ لا يحتاج اوليته الى شراء عبد آخر (ولو) اشترى (عبدين ثم آخر فلا) اي لا يعتق واحد منهم (اصلا) لان الاول فرد لا يكون غيره سابقا عليه ولا مقارنا له ولم يوجد (فان ضم وحده عتق الثالث) لوجود الاولية فيه (وفي آخر عبد) اي اذا قال آخر عبد اشتريته حر (ان مات) الحالف (بعد شراء عبد لا يعتق) لان الآخر لا بد له من الاول ولم يوجد (وان شرى) عبدا (آخر ثم مات عتق) الآخر اتفاقا (يوم شرى من الكل) عنده وعندهما يوم مات من الثلث لان الآخرية تحققت بالموت فيعتق عند الموت فيكون من الثلث وله ان كونه آخرا عند الشراء تبين بالموت فيعتق من ذلك الوقت (وبكل عبد بشرني بكذا فهو حر عتق اول ثلاثة بشروه متفرقين) لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول (و) عتق (الكل ان بشروه معا) لانها تحققت من الكل (صح شراء ابيه للكفارة) يعني ان اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزاه

وكذا ابنه خلافا لزفر والشافعي (لا) شراء (من حلف بعتقه) يعني اذا قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزئه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين واما الشراء فشرطه مفقود فان العتق عند الشراء انما يضاف الى اليمين السابقة ولم توجد نية الكفارة وقت اليمين (ولا) شراء (مستولدة بنكاح علق عتقها عن كفارته بشرائها) يعني قال لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عتقها اذا اشتراها لان حريتها غير مستندة الى أمر آخر وقد قارنته النية (وبان تسريت امة فهي حرة تعتق من تسراها وهي ملكه حينئذ) لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك (لا من شراها فتسراها) فانها لا تعتق وقال زفر تعتق لان التسري لا يكون الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك دلالة أو اضمارا لانه لا يقول بالاقتضاء ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة التسري فيتقدر بقدره فلا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية (و) يعتق (بكل مملوك لي حر امهات أولاده ومدبروه وعبيده) لوجود الاضافة المطلقة فيهم لثبوت الملك فيهم رقبة ويدا (لا مكاتبوه الا بنيتهم) لعدم ثبوت الملك يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطء مكاتبته (و) يعتق (بهذا حر او هذا وهذا لعبيده) الثلاثة (ثالثهم) في الحال (وخير في الاولين) لان سوق كلامه لايجاب العتق في أحد الاولين وتشريك الثالث له فيما سيق له الكلام كأنه قال احدهما حر وهذا فالمعطوف عليه هو المأخوذ من صدر الكلام لا احد المذكورين بالتعيين وههنا مباحث شريفة ذكرناها في مرقاة الاصول (كالطلاق) يعني اذا قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الاخيرة وخير في الاولين (والاقرار) يعني اذا قال لفلان علي ألف درهم أو لفلان وفلان كان للاخير خمسمائة وخمسمائة بين الاولين (ولام تعلق) مبتدأ خبره قوله الآتي اقتضى (بفعل يقبل نيابة الغير كبيع وشراء واجارة وخياطة وصباغة وبناء اقتضى) أي اللام (أمره) أي أمر ذلك الغير للمتكلم (ليخصه) أي لتفيد اللام اختصاص ذلك الفعل (به) أي بذلك الغير لان وضع اللام للاختصاص وهو لا يتحقق هنا الا بالامر المفيد للتوكيل (فلم يحنث في ان بعت لك ثوبا ان باعه بلا أمره) لانتفاء التوكيل

والتبيين وقد ذكره صاحب البحر بحثا ثم قال ولم اره منقولا صريحا لكنه زاد في بحثه ما اذا جعل مهرا فجزاه الله عن سعيه المشكور خيرا اه ولا يخفى انه اذا جعل بدلا عن خلع أو صلحا عن دم ونحوه يكون كذلك مجزيا بالنية عند قبوله (قوله وكذا ابنه) لو قال وكذا كل قريب محرم لكان أولى لشموله (قوله لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين) أي ولم يوجد حتى لو اقترنت النية به بأن قال ان اشتريتك فأنت حر عن كفارة يميني فاشتراه جاز عنها لاقتران النية بالعلة كما في التبيين وسيذكره المصنف (قوله واما الشراء فشرطه مفقود) لفظة مفقود زائدة يختل بها ٦٠ فهم الكلام (قوله وبان تسريت) التسري هنا تفعل من السرية وهو اتخاذها والسرية بالضم اما بالاصالة ان كانت من السرور أو من تغييرات النسب ان كانت من السر ومعنى التسري عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ان يحصن الامة ويعدها للجماع أفضى اليها بمائه أو عزل عنها وعند أبي يوسف أن لا يعزل ماءه عنها فعرف انه لو وطئ أمة له ولم يفعل ما ذكرنا من التحصين والاعداد لا يكون تسريا وان علقت منه فلا يحنث في حلفه لا يتسرى كما في الفتح (قوله لا من شراها فتسراها) يشير الى انه لو علق عتق غيرها أو الطلاق بالتسري بها يحنث ذكره صاحب البحر آمرا بحفظه فانه غلط فيه بعض معاصريه (قوله لثبوت الملك فيهم) أي كاملا رقبة ويدا ولو نوى الذكور دون الاناث صدق ديانة لا قضاء ولو نوى السود دون غيرهم أو النساء دون الذكور لا يصدق أصلا ولو قال لم أنو المدبرين في رواية يصدق ديانة لا قضاء وفي رواية لا يصدق أصلا كذا في الفتح (قوله لا مكاتبوه الا بنيتهم) كذا معتق البعض عند أبي حنيفة كما في الفتح والتبيين (قوله طلقت الاخيرة وخير في الاولين) أشار بأن هذا اذا لم يذكر للثاني والثالث خبرا فان ذكر له خبرا بأن قال هذه طالق أو هذه وهذه طالقان أو هذا حر وهذا وهذا حران فانه لا يعتق أحد ولا تطلق بل يخير ان اختار الايجاب الاول عتق الاول وحده وطلقت الاولى وحدها وان اختار الايجاب الثاني عتق الاخيران وطلقت الاخيرتان كذا في التبيين (قوله وخمسمائة بين الاولين) يعني فيعطيها ان شاء منهما وهذا هو الصواب وعليه الفتوى خلافا لما قاله صاحب المغني من ان نصف الالف للاول والنصف الآخر للآخرين قاله الزيلعي (قوله لان وضع اللام للاختصاص) وأقوى وجوهه الملك فاذا جاورت اللام الفعل أوجبت ملكه أي الفعل لا ملك العين وذا أن يفعله بأمره لان نفع ذلك له حتى لو دس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان تقدير الكلام ان بعت بوكالتك وأمرك ولم يوجد كذا في البرهان سواء

(قوله هذا نظير التعليق باليمين) أي التعليق والاشارة لقوله متنا حنث في ان بعت ثوبا لك (قوله واما نظير التعليق بفعل لا يقبل النيابة الخ) تنصيص على انه لا فرق بين تقدم اللام على مفعول الفعل أو تقدم مفعول الفعل عليها لان هذا الفعل أعني الاكل والشرب والدخول وضرب الولد مما لا يملك بالعقد فوجب صرف اللام الى ما يملك وهو اليمين بخلاف الفصل الاول فان كل واحد منهما مما يملك فرجحنا بالقرب ثمة ولم يذكر المصنف ما لو نوى بأحدهما الآخر كما لو نوى بعت لك ثوبا بعت ثوبا لك أو عكسه ويصدق ديانة وقضاء فيما فيه تغليظ عليه لا فيما فيه تخفيف لانه نوى ما يحتمله كلامه بتأخير اللام عن محله في الفصل الاول وبتقديمه على محله في الفصل الثاني والكلام يحتمل التقديم والتأخير كذا في البرهان وقال في البحر لو نوى ما فيه تخفيف صدق ديانة لانه محتمل كلامه ولا يصدق قضاء والفرق بين الديانة والقضاء لا يتأتى في اليمين بالله تعالى لان الكفارة لا مطالب لها اهـ (قوله وصح نية غيرها ديانة لا قضاء) وعن أبي يوسف انها لا تطلق قضاء أيضا ٦١ لان كلامه خرج جوابا لها فتقيد بالكلام السابق وهو تزوج غيرها واختاره شمس الائمة السرخسي وكثير من المشايخ وقال قاضيخان به اخذ مشايخنا وذكر في الغاية معزيا الى الذخيرة والاولى ان يحكم الحال ان جرى بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها أيضا وان لم يكن كذلك لا يقع كذا في البحر ﴿تنبيه﴾ من حلف القول لا ادعه يدخل البلد يبر فيه بالمنع قولا أطاعه أو عصاه ولنا فيه رسالة والله الموفق بمنه وكرمه * تم الى كتاب الايمان بفضل الملك المنان التأليف في أواخر ربيع الثاني سنة اربع وثلاثين والف ختمت بخير وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

سواء (مالكه) أي المخاطب ذلك الثوب (أولا) بخلاف ما اذا قال ثوبا لك فانه يقتضي كونه مالكا له كما سيأتي (وان تعلق اللام) أي قارن (بعين أو فعل لا يقبلها) أي النيابة (كاكل وشرب ودخول وضرب الولد) احترازا عن ضرب الغلام فانه يقبل نيابة الغير (اقتضى مالكه) أي ملك المخاطب لانه كمال الاختصاص (فحنث في ان بعت ثوبا لك ان باعه) أي ثوبه (بلا أمره) علم به البائع أولا بأن أخفى المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم هذا نظير التعليق بالعين وأما نظير التعليق بفعل لا يقبل النيابة فنحو ان اكلت لك طعاما أو شربت لك شرابا اقتضى أن يكون الطعام والشراب ملك المخاطب كما في قوله ان اكلت طعاما لك أو شربت شرابا لك فانه وان تعلق بالاكل صورة متعلق بالطعام معنى وأما ضرب الولد فلا يتصور فيه حقيقة الملك بل يراد به الاختصاص (قالت) امرأة لزوجها (نكحت على امرأة فقال) الزوج (كل امرأة لي فكذا طلقت القائلة) لدخولها تحت كل امرأة (وصح نية غيرها) لانه انما قال هذا الكلام لارضائها ومراده غيرها لكنه خلاف الظاهر فيصدق ديانة لا قضاء

﴿كتاب الحدود﴾

(الحد) لغة المنع وشرعا (عقوبة مقدرة) خرج به التعزير اذ لا تقدير فيه اي ليس له قدر معين فان أكثره تسعة وثلاثون سوطا واقله ثلاثة كما سيأتي (تجب) أي على الامام اقامتها (حقا لله تعالى) فان المقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد خرج به القصاص لانه حق العبد (والزنا) الموجب للحد (وطء مكلف) خرج به وطء المجنون والصبي والوطء يتناول الايلاج المجرد عن الانزال فانه ليس بشرط هاهنا كما في الجنابة (في قبل مشتهاة) خرج به وطء غير المشتهاة كصغيرة

﴿كتاب الحدود﴾

(قوله فان أكثره تسعة وثلاثون الخ) علة لعدم تقديره لان ما بين الاقل والاكثر ليس بمقدر ولانه يكون بغير الضرب كما في البحر (قوله يجب أي على الامام اقامتها) يعني بعد ثبوت السبب عند الحاكم وعليه ابتنى عدم جواز الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب وأما قبل الوصول الى الامام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع له الى الحاكم ليطلقه وممن قال به الزبير بن العوام وقال اذا بلغ الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا كذا في الفتح (قوله فان المقصد الاصلي من شرعه الانزجار) يعني الانزجار بعده لان التحقيق أن العلم بشرعية الحد رادع مانع قبل الفعل زاجر بعده يمنع من العود اليه وليس الحد كفارة للمعصية بل التوبة هي المسقطة عنه عذاب الآخرة كما في الفتح (قوله خرج به القصاص لانه حق العبد) وكذا خرج به التعزير أيضا وان خرج بقيد التقدير (قوله والزنا) مقصور في اللغة الفصحى لغة أهل الحجاز التي جاء بها القرآن قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا ويمد في لغة نجد كذا في الفتح ثم هذا التعريف غير جامع اذ لا بد أن يكون من مسلم أو ذمي ناطق بناطقة بدارنا تحت ولاية أهل العدل وأن لا يظهر به جب أو رتق بعد اقراره به كذا قيل وفيه تأمل لانه هذه شروط وهي زائدة عن الحقيقة (قوله وطء مكلف) لا يشترط أن يكون بالاحبة فانه لو كان مستلقيا فادخلت ذكره في فرجها لزمهما الحد (قوله في قبل مشتهاة الخ) قدم في موجبات الغسل قيد الشهاة منه ولم يذكر قيد الاشتهاء هنالك واكتفى به هنا لدلالة الاشتهاء على الحياة فكان ينبغي أن يذكره كذلك ثمة

لا تشتهى والميتة والبهائم فان وطئها لا يوجب الحد (خال عن ملك) أعم من ملك النكاح وملك اليمين (وشبهته) ويدخل فيه شبهة الاشتباه وسيأتى بيانها (عن طوع) خرج به زنا المكره فان الاكراه يسقط الحد وسيأتى تفصيله فى كتاب الاكراه هذا فى حق الرجل وأما زنا المرأة فعبارة عن تمكينها لمثل هذا الفعل كذا فى النهاية (ويثبت) أى الزنا (بشهادة أربعة) من الرجال (فى مجلس) واحد حتى لو شهدوا متفرقين لم تقبل ذكره الزيلعى (بالزنا) متعلق بالشهادة أى بشهادة ملتبسة بلفظ الزنا لانه الدال على الفعل الحرام أو ما يفيد معناه وسيأتى بيانه (لا) بمجرد لفظ (الوطء أو الجماع) فانه لا يفيد فائدته (فيسألهم الامام عنه ما هو) أى عن ماهيته فانه قد يطلق على كل وطء حرام وأيضا أطلقه الشارع على غير هذا الفعل نحو العينان تزنيان (وكيف هو) فان الوطء قد يقع بلا التقاء الختانين (وأين زنى) فان الزنا فى دار الحرب لا يوجب الحد (ومتى زنى) فان المتقادم لا يوجب الحد (وبمن زنى) فانه قد يكون فى وطئها شبهة (فان بينوه وقالوا رأيناه وطئها فى فرجها كالميل فى المكحلة) بضمتين وعاء الكحل (وعدلوا سرا وعلنا) ولم يكتف بظاهر عدالتهم احتيالا للدرء (حكم) أى الامام (به) أى بثبوت الزنا (وباقرار العاقل البالغ) عطف على قوله بشهادة اشترط العقل والبلوغ اذ لا اعتبار لقول المجنون والصبى خصوصا فى وجوب الحد لا الاسلام لان الذمى يحد باقراره عندنا خلافا لمالك ولا الحرية لان اقرار العبد بالزنا يوجب الحد عليه مأذونا كان أو محجورا خلافا لزفر (أربعا) أى أربع مرات عندنا وعند الشافعى يحد باقراره مرة كما فى سائر الحقوق (فى أربعة مجالس) من مجالس المقر لا الحاكم لقصة ماعز رضى الله عنه فانه صلى الله عليه وسلم أخر الاقامة عليه الى أن أقر أربع مرات فى أربعة مجالس فلو ظهر دونها لما أخرها لثبوت الوجوب (رده كل مرة الا) مرة (رابعة) فانه اذا أقر مرة رابعة قبله الامام (ثم سأله كما مر) قيل الا فى السؤال عن متى لانه للاحتراز عن التقادم وهو يمنع الشهادة لا الاقرار وقيل يسأل عنه أيضا لاحتمال كونه فى الصبا (فان بينه ندب تلقينه رجوعه بلعلك لمست أو قبلت أو وطئت بشبهة فان رجع قبل حده أو فى وسطه خلى والا حد وهو) أى حد الزنا نوعان أحدهما (للمحصن) وثانيهما للغير المحصن والاحصان أيضا نوعان أحدهما احصان الزنا وثانيهما احصان القذف وسيأتى فى حد القذف وقوله وهو للمحصن مبتدأ خبره قوله الآتى رجمه وبين المحصن على وجه يعلم منه احصان الزنا فقوله (أى الحر) فان الاحصان يطلق عليها قال الله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات أى الحرائر باجماع الامة (المكلف) أى العاقل البالغ فان غير المكلف ليس بأهل للعقوبات (المسلم) لقوله صلى الله عليه وسلم من أشرك بالله فليس بمحصن (الواطئ بنكاح صحيح) هذا متضمن لشرطين النكاح والوطء به اشتراط الاول لان الاحصان يطلق عليه لقوله تعالى والمحصنات من النساء أى المنكوحات وقال تعالى فاذا

(قوله وشبهته) كذا فى نسخة وفى نسخة أخرى وشبهة بالتنكير وهو أولى لكونه أشمل منها معرفة بالاضافة الى الضمير الراجع للملك (قوله حتى لو شهدوا متفرقين لم تقبل) يعنى متفرقين حال مجيئهم وشهادتهم ويحدون حد القذف كما فى الايضاح وأما اذا حضروا فى مجلس واحد أى عند القاضى وجلسوا مجلس الشهود وقاموا الى القاضى واحدا بعد واحد فشهدوا قبلت شهادتهم لانه لا يمكن الشهادة دفعة واحدة كما فى السراج (قوله بلفظ الزنا لانه الدال على فعل الحرام) يعنى الدلالة بالوضع وينبغى أن يزاد ولانه غير محتمل بخلاف الوطء والجماع لانهما محتملان (قوله أو ما يفيد معناه) عطف على بلفظ الزنا وينظر هل تقبل الشهادة المجردة عن لفظ الزنا مع لفظ يفيد معناه أو لا فليحرر والمنصوص عليه لا تقبل (قوله أى عن ماهيته) أى حقيقته وهو ما تقدم تعريفه بقول المصنف الزنا وطء الخ (قوله وكيف هو فان الوطء يقع بلا التقاء الختانين) فيه تأمل فان التقاء الختانين وان لم يشترط لحقيقة الوطء لتصوره بدونه كما فى الدبر لكن الكيف هو أن يكون طائعا أو مكرها (قوله فان بينوه الخ) قال الكمال وبقى شرط آخر وهو أن يعلم أن الزنا حرام مع ذلك كله ونقل اجماع الفقهاء على اشتراط العلم بحرمته ثم قال الكمال فى شرح قوله وان وطئ جارية أخيه أو عمه وينفى هذا يعنى الاشتراط مسئلة الحربى اذا دخل بأمان دار الاسلام فأسلم فزنى وقال ظننت انها حلال لى لا يلتفت اليه ويحد وان كان فعله أول يوم دخل الدار لان الزنا حرام فى جميع الاديان والملل لا تختلف فى هذه المسئلة فكيف يقال اذا ادعى مسلم أصلى انه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد اه (قوله المكحلة بضمتين) يعنى ضم الميم والحاء كما فى الفتح (قوله وعدلوا سرا) هو أن يبعث ورقة فيها أسماؤهم وأسماء محلاتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة (قوله [illegible] حكم به أى بثبوت الزنا) والمراد الحكم بموجب الزنا (قوله وعلنا) هو أن يجمع بين المعدل والشاهد فيقول هذا هو الذى عدلته كما فى الفتح (قوله وقيل يسأل عنه أيضا) هو الاصح كما فى شرح المجمع وغيره (قوله لان الاحصان يطلق عليها) أى المرأة المعلومة من المقام

أحصن أي تزوجن واشتراط الثاني لقوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب والثيابة لا تكون بلا دخول وذا لا يكون على ما عليه أصل حال الآدمي من الحرية إلا بالنكاح ويجب أن يعلم أن حصول الوطء بنكاح صحيح شرط لحصول صفة الاحصان ولا يجب بقاؤه لبقاء الاحصان حتى لو تزوج في عمره مرة بنكاح صحيح ودخل بها ثم زال النكاح وبقي مجردا او زنى يجب عليه الرجم (وهما) أي والحال أن الزوجين (بصفة الاحصان) فالجملة حال عما فهم مما قبلها من الواطئ والموطوءة ونظيره لقيت زيدا راكبين وحاصله أن اشتراط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى أن المملوكين اذا كان بينهما وطء بنكاح صحيح حال الرق ثم عتقا لم يكونا محصنين وكذا الكافران وكذا الحر اذا تزوج أمة أو صغيرة أو مجنونة ووطئها وكذا المسلم اذا تزوج كتابية ووطئها وكذا لو كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة عاقلة بالغة مسلمة بأن أسلمت قبل أن يطأها الزوج ثم وطئها الزوج الكافر قبل أن يفرق بينهما فانها لا تكون محصنة بهذا الدخول لأن الدخول انما شرط لكونه مشبعا عن الحرام وانما يكون مشبعا اذا خلا عما يخل بالرغبة كالصبا والجنون والرق والكفر (رجمه في فضاء حتى يموت يبدأ به شهوده فان أبوا أو غابوا أو ماتوا سقط الحد ثم الامام ثم يرمي الناس وفي المقر يبدأ الامام ثم يرمي الناس وغسل وكفن وصلي عليه) ذكر النوع الثاني من حد الزنا بقوله (ولغير المحصن) حال كونه (حرا جلده مائة) لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة لكنه نسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به (وسطا) أي متوسطا بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الأول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار (بسوط لا عقدة له) لأن عليا رضي الله عنه لما أراد أن يقيم الحد كسر عقدته (ونزع ثيابه) لأنه أبلغ في ايصال الألم اليه ومبنى هذا الحد على الشدة في الضرب (إلا الازار) لأن فيه كشف العورة (ويفرق) الضرب (على بدنه) لأن الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف وهذا الحد زاجر لا متلف (إلا رأسه وفرجه ووجهه) لقوله صلى الله عليه وسلم للذي أمره أن يضرب الحد اتق الوجه والمذاكير (قائما في كل حد) لأن مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام أبلغ فيه (بلا مد) قيل هو أن يلقى على الأرض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل أن يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل أن يمده بعد ضربه وكل ذلك زيادة على المستحق فلا يفعل (وعبدا) عطف على قوله حرا (نصفها) وهو خمسون سوطا لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في حق الاماء (ولا يحده) أي العبد (سيده إلا باذن الامام) لأن الحد حق الله تعالى لأن المقصود منه اخلاء العالم

(قوله فان أبوا أو غابوا أو ماتوا سقط) كذا لو كان بعضهم كذلك في ظاهر الرواية وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن أهلية الشهادة كما لو ارتد أحدهم أو عمي أو خرس أو فسق أو قذف فحد لا فرق في ذلك بين كونه قبل القضاء أو بعده وهذا اذا كان محصنا كما ذكر وغيره يقام عليه الحد في الموت والغيبة كذا في الفتح وسنذكر تتمة ٦٣ الكلام على هذا المحل في كتاب السرقة ان شاء الله تعالى (قوله بين المبرح وغير المؤلم) يعني فيكون مؤلما ولو كان ضعيف الخلقة يخاف عليه الهلاك يجلد جلدا خفيفا يحتمله (قوله كسر عقدته) يعني حلها أو لينها بالدق اذا كان يابسا (قوله إلا رأسه وفرجه ووجهه لقوله صلى الله عليه وسلم الخ) الدليل على بعض المدعى دون البعض وهو ضرب الرأس فكان ينبغي أن يقال كما في الهداية بعد الحديث ولأن الفرج مقتل ورأسه مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضا فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك اهلاك معنى اه قال الكمال وهذا من المصنف ظاهر في القول بأن العقل في الرأس إلا أن يؤول وهي مختلفة بين الأصوليين اه (قوله لأن مبنى اقامة الحد على التشهير الخ) التشهير في جميع الحدود غير أنه يزاد في شهرته في حق الرجل لأنه لا يضره ذلك ويكتفى في المرأة بالاخراج والاتيان بها الى مجتمع الامام والناس خصوصا في الرجم وأما الجلد فقد قال تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين أي الزانية والزاني فاستحب أن يأمر الامام طائفة أي جماعة أن يحضروا اقامة الحد وقد اختلف في هذه الطائفة فعن ابن عباس واحد وبه قال أحمد وقال عطاء واسحق اثنان وقال الزهري ثلاثة وقال الحسن البصري عشرة وعن الشافعي ومالك أربعة كذا في الفتح (قوله لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) نزلت في حق الاماء قال الكمال ولا فرق بين الذكر والأنثى بتنقيح المناط فيرجع الى دلالة النص بناء على أنه لا يشترط في الدلالة أولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل المساواة تكفي فيه (قوله ولا يحده سيده إلا باذن الامام) شامل لكل مالك لما قال الكمال واستثنى الشافعي من المولى أن يكون ذميا أو مكاتبا أو امرأة اه وينظر هل يعتد بالحد بلا اذن الامام أو لا اه وقيد بالحد لأن التعزير للسيد بلا اذن الامام لأنه حق العبد كما في البحر

عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه النائب عن الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع ساقط عنه (ولا ينزع ثيابها الا الفرو والحشو) لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب (وتحد جالسة) لانه استر لها (وجاز الحفر لها) للرجم لانه صلى الله عليه وسلم حفر للغامدية وعلي رضي الله عنه لشراحة وان تركه لا بأس لانه صلى الله عليه وسلم لم يأمر به وهي مستورة بثيابها (لا له) لانه صلى الله عليه وسلم لم يحفر لماعز (ولا يجمع) في المحصن (بين جلد ورجم) لانه صلى الله عليه وسلم لم يجمع (ولا) في البكر بين (جلد ونفي) والشافعي يجمع بينهما فيجلد مائة ويغرب سنة لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولنا قوله تعالى فاجلدوا حيث لم يذكر التغريب والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان كما تقرر في الاصول وما رواه منسوخ (الا سياسة) فان الامام اذا رأى فيه مصلحة غرب بقدر ما يرى لانه يفيد في بعض الاحوال (ويرجم مريض) محصن (زنى) لانه شرع اتلافا فلا يمتنع بسبب المرض (ولا يجلد) مريض حده الجلد (حتى يبرأ) لانه شرع زاجرا لا متلفا والجلد في المرض ربما يكون متلفا (وحامل زنت) لا تحد حتى تضع لان فيه اضرارا بالولد الذي لم يجن والمخلوق من ماء الزنا محترم كغيره فان كان حدها الرجم (ترجم حين وضعت) لان التأخير لاجل الولد وقد خرج والمرض لا ينافي اقامة الرجم (و) ان كان حدها الجلد (تجلد بعد النفاس) لانه نوع مرض فينتظر البرء منه

﴿باب وطء يوجب الحد أو لا﴾

(الشبهة دارئة للحد) لقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات ما استطعتم هذا حديث تلقته الامة بالقبول وانما اختلفوا في ثبوت الشبهة وحدها فيحتاج الى تحديدها وتنويعها فنقول الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت وهي ثلاثة انواع أحدها شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه (وهي) شبهة تثبت (في الفعل بظن غير الدليل) أي غير دليل الحل (دليلا) وهي تتحقق في حق من اشتبه عليه لا من لم يشتبه عليه ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه كقوم سقوا خمرا يحد من علم منهم انه خمر لا من لم يعلم (فلم يحد من ظن الحل) في ثمانية مواضع ذكرها بقوله (في وطء أمة أبويه) فان اتصال الاملاك بين الاصول والفروع يفيد ظن ان للابن ولاية وطء جارية الاب كما في العكس (و) أمة (امرأته) فان غنى الزوج بمال زوجته المستفاد من قوله تعالى ووجدك عائلا فأغنى أي بمال خديجة رضي الله عنها قد يورث شبهة ان مال الزوجة ملك الزوج (و) أمة (سيده) فان احتياج العبيد الى اموال الموالي اذ ليس لهم مال ينتفعون به مع كمال الانبساط بين مماليك مولى واحد ومع انهم معذورون بالجهل مظنة لاعتقادهم حل وطء اماء المولى (و) وطء (المرتهن) الامة (المرهونة) فان مالكية المرتهن المرهونة ملك يد يفيد ظن حل

(قوله لانه صلى الله عليه وسلم حفر للغامدية) أي الى ثندوتها والثندوة بضم الثاء المثلثة والهمزة مكان الواو وبفتحها مع الواو مفتوحة ثدي الرجل أو لحم الثديين والدال مضمومة في الوجهين كما في الفتح (قوله لشراحة) أي الهمدانية بسكون الميم (قوله لانه صلى الله عليه وسلم لم يأمر به) كذا في الهداية والمراد انه لم يوجبه بناء على ان حقيقة الامر هو الايجاب وقال انه صلى الله عليه وسلم حفر للغامدية ومعلوم انه ليس المراد الا انه أمر بذلك فيكون مجازا عن أمر والا كانت مناقضة غريبة فان مثلها انما يقع عند بعد العهد اما معه في سطر واحد فغريب وهو هنا كذلك اه كذا في الفتح (قوله ولا يجمع بين جلد ورجم) قال الكمال وأما جلد علي رضي الله عنه شراحة ثم رجمها فاما لانه لم يثبت عنده احصانها الا بعد جلدها أو هو رأي لا يقاوم اجماع الصحابة ولا ما ذكرنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله فان كان حدها الرجم ترجم حين وضعت) قال في البرهان وتأخيره أي الرجم الى استغناء الولد لعدم المربي له رواية عن أبي حنيفة والله أعلم

﴿باب وطء يوجب الحد أو لا﴾

(قوله فلم يحد من ظن الحل) أي سواء كان الرجل أو المرأة فانه يسقط الحد عنهما كما في البحر (قوله في ثمانية مواضع) الزيادة عليها حاصلة بالنظر لتعدد الاصول (قوله في وطء أمة أبويه) لو قال أصله وان علا لكان أولى لشموله الاجداد والجدات (قوله وأمة امرأته) قال الكمال ولا يحد قاذفه وكذا لا تحد الموطوءة لان الشبهة لما تحققت في الفعل نفت الحد عن طرفيه اه ومتى ادعى شبهة بغير اكراه سقط الحد بمجرد دعواه ولا يسقط بدعوى الاكراه الا أن يقيم البينة كذا في البحر (قوله ووطء المرتهن الامة المرهونة) جعلها من قبيل شبهة الفعل هو الاصح وهي رواية كتاب الحدود وفي رواية كتاب الرهن من شبهة المحل كما في البرهان وقال في الهداية والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن

وطء

(قوله والمعتدة بثلاث) هذا اذا طلقها ثلاثا صريحا أما لو نواها بالكناية فوقعن فوطئها فى العدة وقال علمت انها حرام لا يحد لتحقق الاختلاف وهذا من قبيل الشبهة الحكمية وهذه يلغز بها فيقال مطلقة ثلاث وطئت فى العدة وقال علمت حرمتها ولا يحد وهى ما وقع الثلاث عليها بالكناية كذا فى الفتح (قوله فلم يحد مطلقا بوطء أمة ابنه) لو قال ولده أو فرعه لكان أولى لشموله أمة بنته وليتم به العدد الستة والاولى فى كلامه خمسة وقال ابن اسامة والحكم كذلك فى أمة ولد ولده وان كان ولده حيا وان لم تكن له ولاية تملك ماله حال قيام ابنه كما فى الفتح (قوله فى ستة مواضع) ظاهره الحصر لمقام البيان وليس كذلك فان أمة المكاتب والمأذون المستغرق والغنيمة بعد الاحراز وما الحق بها كذلك فى الحكم كما فى البحر وقال الكمال وينبغى أن يزاد جاريته التى هى أخته من الرضاع وجاريته قبل الاستبراء والزوجة التى حرمت بعصبة فلا حد عليه ٦٥ ولا على قاذفه اه (قوله ووطء معتدة الكنايات) هذا بخلاف وطء المختلعة لانها ليست من ذوات الشبهة الحكمية وأخطأ من بحث وقال ينبغى كونها من ذوات الشبهة الحكمية كذا فى الفتح (قوله ووطء البائع الامة المبيعة الخ) قيد بكونه قبل التسليم وهذا فى البيع الصحيح أما الفاسد فلا فرق بين كون الوطء قبل التسليم أو بعده وكذا البيع بشرط الخيار سواء للبائع أو المشترى كما فى البحر (قوله لا الاولى) أى شبهة الفعل يستثنى منه المطلقة ثلاثا لما تقدم انها يثبت نسب ولدها لدون سنتين بلا دعوة ولا كثر بدعوة فكان مخصصا لهذا ويثبت أيضا نسب من زفت اليه وقيل هى زوجته بدعوته كما فى البحر عن التبيين (قوله وهو عالم به) يعنى ومع ذلك هو معتقد لحرمة الزنا كما سيأتى اذ لو اعتقد الحل يجرى عليه أحكام المرتدين فليتنبه له (قوله ولكن يوجع عقوبة ان علم بذلك) قال الكمال وهى أشد ما يكون من التعزير سياسة وعليه المهر أيضا اه (قوله وعند غيره ان علم يحد) المراد بالغير صاحباه وبقولهما أخذ الفقيه أبو الليث ورجحه فى الواقعات وفى الخلاصة وعليه الفتوى كما فى البحر (قوله وسيأتى بيانه) لم يبينه فيما سيأتى جميعا بل لم يذكر هنالك ما ذكره هنا وأحال هنالك على ما هنا وبيانه ان العقد عندهما وعند من وافقهما لم يصادف محله يعنى بالنسبة الى هذا العاقد فيلغو كما اذا أضيف الى الذكور ولابى حنيفة رحمه الله ان العقد صادف محله يعنى محلية النفس العقد لا بالنظر الى خصوص العاقد لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنى آدم قابلة للتوالد والتناسل وهو المقصود وكان ينبغى أن ينعقد فى جميع الاحكام الا أنه تقاعد عن افادة حقيقة الحل لدليل فيورث شبهة اه وقال فى البرهان عن صاحب الاسرار كلامهما أوضح اه وفى البزازية الفتوى على قولهما اه (قوله وان قال ظننت أنها تحل لى) قال فى الفتح ومعنى هذا انه علم ان الزنا حرام لكنه ظن ان وطئه هذه ليس زنا محرما فلا يعارض ما فى المحيط من قوله شرط وجوب الحد أن يعلم أن الزنا حرام وانما ينفيه مسئلة الحربى اه وقد تقدمت

وطء المرهونة (وبقاء أثر النكاح) وهو العدة لا يبعد أن يصير سببا لان يشتبه عليه حل وطء (المعتدة) أى معتدته (بثلاث و) المعتدة (بطلاق على مال و) المعتدة (باعتاق وهى أم ولده) أى والحال ان المعتقة أم ولده ولا حد فى هذه المواضع الثمانية ان قال الجانى ظننت انها تحل لى وان قال علمت أنها حرام على وجب الحد وثانى أنواع الشبهة شبهة فى المحل وتسمى شبهة حكمية (و) هى تثبت (فى المحل بقيام دليل مناف للحرمة ذاتا) أى اذا نظرنا الى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منافيا للحرمة ولا يتوقف على ظن الجانى واعتقاده (فلم يحد) الجانى بهذه الشبهة (مطلقا) أى ولو قال علمت أنها حرام على فى ستة مواضع ذكرها بقوله (بوطء أمة ابنه) فان الدليل النافى للحرمة فيه قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك (و) وطء (معتدة الكنايات) فان الدليل فيه قول بعض الصحابة ان الكنايات رواجع (و) وطء (البائع) الامة (المبيعة و) وطء (الزوج) الامة (الممهورة) أى التى جعلها صداقا لامرأة تزوجها (قبل تسليمهما) أى تسليم الاولى الى المشترى والثانية الى الزوجة فان كون المبيعة فى يد البائع بحيث لو هلكت انتقض البيع دليل الملك فى الاولى وكون المهر صلة أى غير مقابل بمال دليل عدم زوال الملك فى الثانية (و) وطء (الشريك) أى أحد الشريكين الجارية (المشتركة) فان الملك فى الجارية المشتركة دليل جواز الوطء (واذا ادعى النسب ثبت) أى النسب (هنا) أى فى شبهة المحل (لا الاولى) أى شبهة الفعل لان الفعل فى الاولى تمحض زنا وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه بخلاف الثانية وثالث أنواع الشبهة شبهة العقد (و) هى تثبت (بالعقد) أى عقد النكاح (عنده) أى عند أبى حنيفة (فى وطء محرم نكحها) وان كان حرمته متفقا عليها وهو عالم به حيث لا حد عليه عنده ولكن يوجع عقوبة ان علم بذلك وعند غيره ان علم يحد والا فلا وسيأتى بيانه (وحد بوطء أمة أخيه) أو اخته (أو عمه) أو عمته وان قال ظننت انها تحل لى وكذا سائر المحارم سوى الاولاد اذ لا بسوطة له فى مال هؤلاء فلم

(قوله وجدها على فراشه) يعني ولو في ليلة مظلمة كما في الخانية (قوله بعد طول الصحبة) المسئلة مأخوذة من تقييد قاضيخان بقوله ولو امرأة قديمة اه وينظر ماذا يكون به قدمها (قوله الا اذا دعاها فأجابته أجنبية) ظاهره انه لا فرق بين كون الداعي بصيرا أو أعمى وفي الخانية ولو أن الاعمى دعا امرأته فأجابته غيرها فجامعها قال محمد عليه الحد ولو أجابته وقالت أنا فلانة تعني امرأته فجامعها لا يحد ولو كان بصيرا لا يصدق على ذلك اه فقد فرق بينهما (قوله وذمية زنى بها حربي) يريد به المستأمن (قوله وذمي زنى بحربية) أي مستأمنة (قوله ولا من وطء أجنبية زفت الخ) قال الكمال الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة من المشايخ ودفع بأنه يثبت النسب من هذا الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه نسب فالاوجه انه شبهة دليل ثم قال والحق انه شبهة اشتباه غير انه مستثنى من الحكم المترتب عليه ثبوت النسب للاجماع (قوله كما سبق) قد علمت ما في حوالته على هذا وأيضا هذا مستدرك فلذا قال كما سبق (قوله والاحراق ٦٦ بالنار ليس بواجب) كذا قتلها لما قال في الفتح والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع امتداد التحدث به كلما رؤيت فيتأذى الفاعل به وليس بواجب اه (قوله وان كانت مما يؤكل تذبح فتؤكل) قال الكمال ويضمن قيمتها عند أبي حنيفة (تنبيه) قال في السراج اتيان البهيمة الاصح عند أصحابنا جميعا ان يقبل فيه عدلان ولا يقبل فيه شهادة النساء (قوله أو أتى في دبر) شامل دبر منكوحته واختلفوا في الشهادة على اللواطة فعند أبي حنيفة يكفي عدلان وعندهما لا بد من أربعة كالزنا وبه قال الشافعي كما في السراج (قوله فعند أبي حنيفة يعزر بامثال هذه الامور) قاله صدر الشريعة ويخالفه ما قال الكمال لا حد عليه عند أبي حنيفة ولكنه يعزر ويسجن حتى يموت او يتوب والحد المقدر شرعا ليس حكما له اه وما قاله صدر الشريعة مروي عن الصحابة وقال في شرح المجمع وما روي عن الصحابة فمحمول على السياسة اه ولذا قال الكمال لو اعتاد اللواطة سواء كان بأجنبي أو عبده أو أمته أو زوجته بنكاح صحيح أو فاسد قتله الامام محصنا كان أو غير محصن سياسة اه ولكنه لا يكفر باستحلاله بملو كته كذا في التتارخانية بمستأجرة يعلم ولا يعلم ولو مكن امرأته أو امته من العبث بذكره فأمنى فانه مكروه وعند بعضهم ولا شيء عليه كما في السراج وقال الكمال الصحيح ان اللواطة ليست في الجنة اه (قوله أو زنى في دار الحرب أو البغي) يعني في غير معسكر الخليفة أو امير المصر بأن خرج من عسكر من له ولاية اقامة الحدود فدخل دار الحرب وزنى ثم عاد أو كان مع امير سرية أو امير عسكر فزنى ثمة أو كان تاجرا أو اسيرا أما لو زنى وهو مع عسكر من له ولاية اقامة الحد فانه يحد بخلاف أمير العسكر والسرية لانه انما فوض لهما تدبير الحرب لا اقامة الحدود وولاية الامام منقطعة ثمة كما في الفتح (قوله ولا بزنا غير مكلف بمكلفة) كذا لا عقر عليه لانه لو لزمه لرجع به الولي عليها لامره اله بطاوعتها له بخلاف ما لو زنى الصبي بصبية أو بمكرهة فانه يجب عليه العقر كما في الفتح

(قول المحشي يعلم ولا يعلم) كذا بالاصل ولعل لفظه يعلم أو لا يعلم وحرر معناه شرعا اه مصححه

يستند ظنه الى دليل فلم يعتبر (و) حد بوطء (اجنبية وجدها على فراشه) وقال حسبتها امرأتي اذ بعد طول الصحبة لا تشتبه عليه امرأته (ولو هو أعمى) لانه يقدر على التمييز بالحركات والهيئات الا اذا دعاها فأجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فوطئها لان الاخبار دليل كذا في الكافي حتى اذا أجابت بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد كذا في الايضاح (وذمية) عطف على ضمير حد وجاز للفصل (زنى بها حربي وذمي زنى بحربية) لكون أهل الذمة مخاطبين بالعقوبات (لا الحربي والحربية) لانهم ليسوا بمخاطبين بها (ولا من وطئ اجنبية زفت اليه وقلن هي عرسك وعليه مهرها) قضى به عمر رضي الله عنه وبالعدة (ولا) من وطئ (محرما نكحها) عند أبي حنيفة فانه جعل العقد شبهة في درء الحد كما سبق (ولا) من وطئ (بهيمة) لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية ثم ان كانت مما لا يؤكل تذبح ثم تحرق بالنار ولا تحرق قبل الذبح وضمن الفاعل قيمة الدابة ان كانت لغيره لانها قتلت لأجله والاحراق بالنار ليس بواجب وانما يفعل لئلا يعير الرجل بها ان كانت باقية فينقطع التحدث به وان كانت مما يؤكل تذبح فتؤكل عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف تحرق (أو أتى في دبر) عطف على وطئ فانه لا يحد عند أبي حنيفة وعندهما وعند الشافعي يحد لانه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما وله انه ليس بزنا لان الصحابة اختلفوا في موجبه من الاحراق وهدم الجدار عليه والتنكيس من محل مرتفع باتباع الاحجار فعند أبي حنيفة يعزر بامثال هذه الامور (أو زنى في دار الحرب أو) دار (البغي ثم خرج الينا) لانها لا تقام هنالك بالحديث ولا بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة (ولا بزنا غير مكلف بمكلفة مطلقا) أي لا على الفاعل ولا على المفعول به (وفي عكسه) بان زنى مكلف بغير مكلفة (حد هو فقط ولا بالزنا

عـ... مستأجرة له) أي للزنا بان استأجر امرأة ليزني بها فزنى بها لا يحد عند أبي حنيفة وقالا يحد وهو قول الشافعي اذ ليس بينهما ملك ولا شبهة ملك فكان زنا محضا وله ما روي ان امرأة سألت رجلا مالا فأبى أن يعطيها حتى تمكنه من نفسها فدرأ عمر رضي الله عنه عنهما الحد وقال هذا مهرها (ولا) بالزنا (باكراه) سواء كان المكره زانيا أو مزنية (ولا باقرار) بالزنا أربع مرات (ان أنكر الآخر) هذه المسئلة على وجهين أحدهما أن يقر رجل بالزنا بفلانة وقالت انه تزوجني أو أقرت أربعا بالزنا مع فلان وقال فلان تزوجتها لم يحدا وفاقا وثانيهما ان يقر اربعا انه زنى بفلانة فقالت ما زنى بي ولا أعرفه أو أقرت اربعا بالزنا مع فلان وقال فلان ما زنيت بها ولا أعرفها لا يحد المقر عند أبي حنيفة (وفي قتل امة بزنا يجب الحد والقيمة) لانه جنى جنايتين فيترتب على كل منهما موجبها الحد بالزنا والقيمة بالقتل (والخليفة) أي الامام الذي ليس فوقه امام (لا يحد) لان الحد حق الله تعالى واقامته اليه دون غيره ولا يمكنه ان يقيمه على نفسه (ويقتص ويؤخذ بالمال) لانهما من حقوق العباد ويستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين

﴿باب شهادة الزنا والرجوع عنها﴾

(شهد بحد متقادم بلا عذر) بان يكون قريبا من امامه بحيث يقدر على اقامة الشهادة بلا تأخير (لم تقبل) لان الشاهد في الحدود مخير بين حسبتين اداء الشهادة والستر فالتأخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعده لسوء في باطنه من حقد أو عداوة حركته فيتهم فيها والا صار فاسقا آثما بخلاف الاقرار كما سيأتي (الا في قذف) لان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم (ويضمن السرقة) أي اذا شهد شهود السرقة بعد التقادم لا يحد السارق ويضمن ما سرق لان التقادم لا يضره لانه حق العبد (ولو أقر به) أي بالحد بعد التقادم (يحد) لانتفاء تهمة الحقد والعداوة (الا في الشرب) كما سيأتي (وتقادمه) أي الشرب (بزوال الريح) والتقادم لغيره (بمضي شهر) هو الاصح وقيل ستة أشهر (شهدوا بزنا وهي غائبة حد وبسرقة من غائب لا) لان الدعوى تنعدم بالغيبة وهي شرط في السرقة لا الزنا كما سيأتي (ولو اختلف أربعة في زاويتي البيت أو أقر بزنا وجهلها حد) أما الاول فمعناه ان يشهد كل من اثنين على الزنا في زاوية والقياس انه لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة ووجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في الاخرى بالاضطراب وفي الكافي هذا اذا كان البيت صغيرا بحيث يحتمل ذلك واما اذا كان كبيرا فلا واما الثاني فلان جهل المقر لا يدفع الحد اذ لو كانت امرأته أو امته لم تخف عليه (وان شهدوا كذلك) أي شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها (أو اختلفوا في طوعها) أي شهد اثنان انه زنى بفلانة فاكرهها وآخران انها طاوعته (أو) اختلفوا (في بلد زناه) أي شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة وآخران انه زنى بها بالبصرة (أو اتفق عليهما في وقته واختلفا في بلده أو شهدوا بزنا وهي بكر أو هم فسقة أو شهود على شهود لم يحد أحد) أي لا المشهود عليهما ولا الشهود بسبب القذف (وان شهد

(قوله لم يجب الحد وفاقا) أي ويجب العقر وان كانت معترفة بأن لا مهر لها كما في الفتح (قوله وفي قتل أمة بزنا الخ) يشير الى انه يخالف ما لو أذهب عينيها به وفيه يجب عليه قيمتها ويسقط بها الحد لان الملك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فأورث شبهة كما في الهداية

﴿باب شهادة الزنا والرجوع عنها﴾

(قوله من شهد بحد) أي بموجب حد وقوله متقادم أي موجبه فاسناده الى الحد مجاز (قوله بأن يكون قريبا من امامه) قال الكمال ولا شك انه لا يتعين البعد عذرا بل يجب أن يكون كل من نحو مرض أو خوف طريق ولو في بعد يومين ونحوه من الاعذار التي يظهر انها مانعة من المسارعة اهـ (قوله لم يقبل) وحكى الحسن انهم يحدون وقال الكرخي الظاهر أنهم لا يجب عليهم الحد (قوله ويضمن السرقة) أي المسروق (قوله بمضي شهر) هو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر أما اذا كان فتقبل شهادتهم كما في البرهان (قوله وقيل ستة أشهر) قال في البرهان وقيل بنصف شهر أو بما رآه القاضي (قوله شهدوا بزنا وهي غائبة) أي وهم يعرفونها اذ لا حد عليه بعدم معرفتها كما سيأتي (قوله وهي شرط في السرقة) لكنه لو شهدوا على السرقة بدون الدعوى تقبل شهادتهما ويحبس السارق الى أن يجيء المسروق منه كما في البرهان (قوله ووجه الاستحسان ان التوفيق ممكن) يعني ممكن لصيانة البينات عن التعطيل لا لايجاب الحد لانه غير مشروع لأمرنا بالاحتيال لدرئه كما في البرهان

الاصول بعدهم) أي بعد الفروع أما عدم الحد في الاول على المشهود عليه فلان
الظاهر انها زوجته أو أمته وأما عدمه على الشهود فلان اتفاقهم على النسبة الى
الزنا بلفظ الشهادة أخرج كلامهم من ان يكون قذفا وأما عدمه في الثاني فلان
الفعل المشهود به اذا كان واحدا فبعضهم كاذب لان الواحد لا يكون بطوعها
وكرهها والا فلا نصاب للشهادة على كل منهما وأما عدمه على الشهود فلاتيانهم
بلفظ الشهادة وأما في الثالث فلان الفعل الواحد لا يكون في موضعين ولا يحد
الشهود لما ذكر وأما في الرابع فلما في الثالث وأما في الخامس فلان الزنا
لا يتحقق مع البكارة فظهر كذبهم بيقين فلا يجب الحد عليها لان قولهن حجة
في اسقاط الحد لا في ايجابه ولا على الشهود لتكامل عددهم ولفظ الشهادة وكذا اذا
شهدوا على رجل بالزنا وهو مجبوب فانه لا يحد لظهور كذبهم ولا الشهود لتكامل
عددهم ولفظ الشهادة كما اذا شهدوا على امرأة بالزنا فوجدت رتقاء حيث لا حد
عليها ولا عليهم وأما السادس فلان الفاسق من أهل التحمل والاداء وان كان
في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ عندنا فيثبت
بشهادتهم الزنا من وجه باعتبار الاهلية دون وجه باعتبار القصور فيسقط الحد
عن المشهود عليه اما باعتبار عدم الثبوت ويسقط عن الشهود باعتبار الثبوت
وأما السابع فلان في الشهادة على الشهادة زيادة الشبهة لان احتمال الكذب
فيها في موضعين في شهادة الاصول وشهادة الفروع ولا يحد الفروع لانهم ما نسبوا
المشهود عليه بالزنا بل حكوا شهادة الاصول وانما ردت شهادتهم لنوع شبهة وهي
كافية لدرء الحد لا لاثباته وان جاء الاصول وشهدوا على معاينة ذلك الزنا بعينه لم
تقبل ولم يحدوا أيضا لان شهادتهم قد ردت في تلك الحادثة من وجه برد شهادة
الفروع لانهم قائمون مقامهم وشهادتهم شهادتهم والشهادة في حادثة اذا ردت لم
تقبل فيها أبدا (فان شهدوا بالزنا) حال كونهم (عميانا أو محدودين في قذف
أو ثلاثة) وقد وجب الاربعة (أو) أربعة (أحدهم محدود) في قذف (أو عبد أو
وجد كذا) أي محدودا في قذف أو عبدا (بعد الحد حدوا) أي الشهود لا المشهود
عليه وهو جواب لقوله فان شهدوا وانما خص الحد بهم لعدم أهلية الشهادة
فيهم أو عدم النصاب فلا يثبت الزنا ويجب الحد لكونهم قذفة (وأرش جرح
جلده هدر) أي شهد الشهود بزنا والزاني غير محصن فجلد فجرحه الجلد ثم
ظهر أحدهم عبدا أو محدودا في قذف فارش الجلد هدر عنده خلافا لهما (ودية
رجمه في بيت المال) أي شهدوا والزاني محصن فرجم ثم ظهر أحدهم عبدا أو نحوه
فدية الرجم في بيت المال (وإن رجع من الاربعة بعد رجم حد) أي حد الراجع
فقط حد القذف خلافا لزفر (وغرم ربع الدية) خلافا للشافعي (وقبله) أي أي
رجع منهم قبل الرجم (حدوا) أي حد جميع الشهود حد القذف لان كلامهم
قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون
(لا شيء على خامس رجع) اذ بقي من يبقى بشهادتهم كل الحق وهو الاربعة (فان
رجع آخر حدا وغرما الربع) أي ربع الدية اذ بقي ثلاثة أرباع الحق ببقاء الثلاثة

على

(قوله لانهم ما نسبوا المشهود عليه بالزنا)
ضمن نسبوا معنى رموا فالتعدية الى الزنا بالباء
(قوله وان جاء الاصول الخ) انما لم تقبل
شهادة الاصول بعد رد شهادة الفروع
للشبهة المذكورة لدرء الحد فرد شهادة
الفرع رد لشهادة الاصل للشبهة وفيه
اشارة الى أن شهادة الاصول تقبل بعد
رد شهادة الفرع في غير الحدود لثبوت
المال مع الشبهة دون الحد ولو ردت
شهادة الاصل لا تقبل بعده شهادة
الفرع في كل شيء ان كان الرد لتهمة مع
بقاء الاهلية وان ردت لعدم الاهلية
كالرق والكفر تقبل شهادتهم بعد زوال
المانع لثبوت الاهلية كما في البحر عن
التبيين (قوله أو أحدهم محدود في
قذف أو عبدا) كذا لو كان اعمى (قوله أو
وجد كذا الخ) كذا اذا وجد اعمى أو كافرا
كما في الفتح (قوله حدوا) أي الشهود
لا المشهود عليه وهو جواب لقوله فان
شهدوا ولا يخفى ان نفي الحد عن المشهود
عليه ظاهر فيما اذا فات شرط صحة
الشهادة قبل امضاء الحد أما اذا امضى
الحد ثم ظهر فوات الشرط كيف ينفي
الحد عن المشهود عليه وقد حد فكان
ينبغي أن يقول حد الشهود لا المشهود
عليه قبل الامضاء وبعده الشهود (قوله
ويجب الحد لكونهم قذفة) يعني فيقام
اذا طلبه المشهود عليه عند علمائنا الثلاثة
كما في التتارخانية (قوله فارش الجلد هدر
عنده خلافا لهما) أي فيكون الارش
عندهما في بيت المال وكذا الخلاف فيما
اذا مات من الجلد كما في الفتح (قوله وقبله
حدوا) أي ولو بعد القضاء قبل الامضاء
(قوله وانما يصير شهادة باتصال القضاء
به فاذا لم يتصل بقي قذفا) المراد بالقضاء
القضاء الممضى لانه لو اتصل به القضاء ولم
يمض فرجع أحدهم حدوا كما لو كان قبل
القضاء لان الامضاء وهو الاستيفاء من
القضاء في الحدود

(قوله ضمن المزكي) التزكية أن يقول المزكي هم احرار مسلمون عدول اما لو اقتصر على هم عدول فلا ضمان عليه اذا ظهروا عبيدا اتفاقا كما في الفتح (قوله قالوا ومعناه اذا رجعوا عن التزكية وقالوا هم عبيد أو كفار) أي معنى الرجوع الموجب للضمان واحترز به عما لو قالوا أخطأنا في ذلك فانهم لا يضمنون اتفاقا وعما لو استمر المزكون على تزكيتهم قائلين هم أحرار مسلمون فلا شئ عليهم اتفاقا ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بأنهم كانوا مسلمين وانما طرأ كفرهم كذا في الفتح اه وهذا ظاهر في ادعاء طريان الكفر لتصوره فما الحكم في الرق (قوله وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية الخ) ٦٩ في حل هذا صورة أخرى للظهور نظر لانه لم يخرج

على الشهادة لان كمال العدد ليس بشرط للبقاء بل بقي لكل رجل قسطه فصار عليهما الربع وعلى كل واحد من الراجعين حد كامل لان الحد لا يتجزأ (ضمن المزكي دية المرجوم ان ظهروا عبيدا أو كفارا) يعني شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود كفار أو عبيد فالدية على المزكين عنده وعندهما على بيت المال قالوا ومعناه اذا رجعوا عن التزكية وقالوا هم عبيد أو كفار وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا بالتزكية مع علمنا بحالهم (كما لو قتل من أمر برجمه فظهروا كذلك) يعني شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ولم يرجم ثم وجد الشهود عبيدا أو كفارا ففي القاتل الدية والقياس أن يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فأورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد وتجب الدية في ماله لانه عمد وسيأتي ان العواقل لا تعقل دم العمد (و) ضمن (بيت المال ان لم تزك فرجم) لانه امتثل أمر الامام فنقل فعله اليه ولو باشر بنفسه تجب الدية في بيت المال كذا هذا (أقر شهود الزنا بنظرهم عمدا قبلت) لاباحة النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة (وان أنكر الاحصان) بعد وجود سائر الشرائط (فشهد عليه رجل وامرأتان أو ولدت زوجته منه رجم) أما الاول ففيه خلاف زفر والشافعي فان زفر يقول انه شرط في معنى العلة فلا يقبل فيه شهادة النساء احتيالا للدرء والشافعي يجري على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال ولنا أن الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة فانها مانعة من الزنا فلا يكون في معنى العلة لان أدنى درجات العلة أن تكون مفضية الى المعلول وهو في المانع غير معقول

﴿باب حد الشرب﴾

(اذا شرب خمرا) جواب اذا قوله الآتي حد يعني أن مجرد شرب الخمر (ولو) كانت (قطرة وأخذ بريحها وان زالت) أي ريحها (لبعد الطريق أو سكر) عطف على شرب (وزال عقله) بحيث لا يميز بين الرجل والمرأة وهو عطف تفسيري لقوله سكر فان المراد بالسكر عند أبي حنيفة في حق وجوب الحد هذا المعنى وفي حق حرمة الاشربة ان يهذي وعندهما ان يهذي مطلقا (نبيذ) ونحوه من المسكرات غير

عن الصورة الاولى اه وقد صور الكمال المسئلة على ثلاثة أوجه فيما لو استمروا على تزكيتهم وفيما اذا قالوا أخطأنا ثم قال فلم يبق الا صورة الرجوع الا أن يقولوا تعمدنا فقلنا هم أحرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم ثم قال اذا عرف هذا فقول المصنف وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ليس على ما ينبغي بعد قوله اذا رجعوا عن التزكية لانه يوهم ان في صورة الرجوع الخلافية قولين ان يرجعوا بهذا الوجه أو بأعم منه وليس كذلك اه (قوله فرجم) بالبناء للفاعل وضميره الى الرجل في قوله فقتل من أمر برجمه (قوله فشهد عليه) أي شهد عليه بالاحصان رجلان أو رجل وامرأتان وكيفية الشهادة أن يقول الشهود تزوج امرأة وجامعها أو باضعها ولو قالوا دخل بها يكفي عندهما وقال محمد لا يكفي ولا يثبت به احصانه لانه مشترك بين الوطء والزفاف والخلوة والزيارة فلا يثبت بالشك كلفظ القربان كذا في البحر وكلفظ الاتيان لانه ليس بصريح كما في الفتح (قوله أو ولدت زوجته) قال الكمال والفرض أنهما مقران بالولد اه

﴿باب حد الشرب﴾

(قوله وأخذ بريحها) قيد وجود الرائحة حال الشهادة عليه اذ لابد منه كالشهادة عليه بالشرب ووجدان الرائحة واذا شهدا بالشرب فقط يأمر القاضي باستنكاهه ويخبره بأن ريحها موجود كما في الفتح وان زالت لبعد الطريق لابد فيه ان يشهدا بالشرب ويقولا أخذناه وريحها موجود كما في الفتح قوله والريح مؤنثة سماعا كذا في البحر (قوله وفي حق حرمة الاشربة ان يهذي) ظاهر فيما ليس محرما من الاشربة عنده وأما المحرمة بأصلها كيف يشترط الهذيان للحرمة وسيذكر المصنف في كتاب الاشربة ان الطريق المفضي الى السكر قد يكون حراما كما في الاربعة المحرمة اه فلا تتوقف الحرمة فيها على الهذيان فهو مخالف لكلامه هذا فتأمل (قوله وعندهما ان يهذي مطلقا) المراد به ان يكون غالب كلامه هذيانا فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصاحي في اقراره بالحدود وغير ذلك لان السكران في العرف من اختلط كلامه جده بهزله فلا يستقر على شئ واليه مال أكثر المشايخ واختاره للفتوى كذا في الفتح

الخمر (واقربه) أي بشرب الخمر او السكر بغيرها (مرة أو شهد به رجلان) لا رجل وامرأتان فانها لا تقبل في الحدود (وعلم شربه طوعا) فان الشرب بالاكراه لا يوجب الحد (حد صاحيا) ليتأدب به وينزجر لان الظاهر انه لا يتألم حال السكر (ثمانين سوطا للحر ونصفها للعبد) لاجماع الصحابة رضوان الله عليهم (بنزع ثوبه) يعني الا الازار (ويفرق على جلده كما في الزنا) لما مر ثمة (وان أقربه) اى بشرب الخمر (او شهد عليه بعد زوال الريح) قيد لمجموع الاقرار والشهادة (أو تقيأها) أي علم شربها بأن تقيأها (أو وجد ريحها منه) بلا اقرار أو شهادة (أو رجع عن اقرار شرب الخمر و) شرب (السكر) بفتحتين عصير الرطب اذا اشتد وقيل هو كل شراب مسكر (أو اقر سكران لا) اى لا يحد اما عدم الحد بعد زوال الريح فلان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولا اجماع الا برأى ابن مسعود وهو شرط قيام الرائحة واما عدمه بتقيئها ووجدان ريحها فلان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه او اضطرار ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج وابن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد واما عدمه بالرجوع عن اقراره فلانه خالص حق الله تعالى فيعمل فيه الرجوع واما عدمه في اقرار السكران فلزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال في درئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته (ولو ارتد) السكران زائل العقل (لا يحرم عرسه) لان الكفر من باب الاعتقاد ولا يتحقق مع زوال العقل (أقيم عليه بعض الحد فهرب فشرب ثانيا يستأنف الحد كذا في الزنا) لما سيأتي ان الحدود اذا كانت من جنس واحد تتداخل

﴿باب حد القذف﴾

(هو كحد الشرب كمية) اى عددا وهو ثمانون جلدة للحر ونصفها للغير (وثبوتا) حيث يثبت كل منهما بشهادة رجلين ولا تقبل فيه شهادة النساء كما في سائر الحدود (واذا قذف محصنا او محصنة) ولما كان معنى الاحصان ههنا مغايرا لمعنى الاحصان في الزنا فسره بقوله (اى مكلفا) يعني عاقلا بالغا وانما اشترط ذلك لان العار

(قوله واقربه) فيه اشارة الى ان الاخرس لا يحد باشارته بشربه كما لو شهدوا عليه به لم يتعرض المصنف لسؤال القاضي المقر عن الخمر ماهي وكيف شربها واين شرب وينبغي ذلك كما في الشهادة ولكن في قول المصنف وعلم شربه طوعا اشارة الى ذلك (قوله او السكر بغيرها) يعني وريحها لم تزل كما في الخمر (قوله أو شهد به رجلان) لم يذكر سؤال القاضي لهم وقال في البحر عن قاضيخان يسألهم القاضي عن الخمر ماهي ثم سألهم كيف شرب لاحتمال الاكراه واين شرب لاحتمال انه شرب في دار الحرب اه (قوله حد صاحيا) قال صاحب البحر هنا منه ظاهره يفيد انه لا يكتفي بحده حال سكره لعدم فائدته اه وفيه تأمل (قوله بنزع ثوبه) اى الرجل (قوله لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج وابن الرماك) ٧٠ كذا في الهداية وقال المصنف في كتاب الاشربة وهل يحد في هذه الاشربة يعني نبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة وان لم يطبخ قيل لا يحد قالوا الاصح انه يحد بلا تفصيل بين المطبوخ والنيء وكذا المتخذ من الالبان اذا اشتد اه وكذا نقله الكمال عن الهداية بعد ذكره لما هنا ثم قال وهو اى لزوم الحد قول محمد فقد صرح اى صاحب الهداية بان اطلاق قوله هنا لان السكر من المباح لا يوجب حدا غير المختار ورواية عبد العزيز عن أبي حنيفة وسفيان انهما سئلا فيمن شرب البنج فارتفع الى رأسه وطلق امرأته هل يقع قالا ان كان يعلمه حين شربه ما هو يقع اه كلام الكمال وقال قاضيخان الصحيح انه لا يقع على كل حال واذا سكر من البنج اختلفوا في وجوب الحد عليه والصحيح انه لا يحد ولا يصح طلاقه ولا عتاقه ولا بيعه ولا نكاحه ولا اقراره ولا ردته اه (قوله لانه خالص حق الله تعالى) يشير الى انه لا يقطع باقراره بسرقة ويضمن المال صرح به في البحر (قوله ولو ارتد السكران الخ) قال في البحر وينبغي ان يصح اسلامه كالمكره اه ثم قال وفي فتح القدير ان اسلامه غير صحيح اه (قوله لان الكفر الخ) هذا قضاء اما ديانة فان كان في الواقع قصد التكلم به ذاكرا لمعناه كفر والا فلا كما في الفتح

﴿باب حد القذف﴾ القذف لغة الرمي بالشيء وشرعا الرمي بالزنا وهو من الكبائر باجماع الامة واستثنى لا منه الشافعية ما كان في خلوة لعدم لحوق العار قال صاحب البحر وقواعدنا لا تأباه وناقشه أخوه الشيخ عمر في النهر (قوله بشهادة رجلين) قال الكمال ويسألهما القاضي عن القذف ما هو وعن خصوص ما قال ولا بد من اتفاقهما على اللغة التي وقع القذف بها اذ لو اختلفوا فيها بطلت الشهادة وكذا الاتفاق على زمان القذف اه (قوله اذا قذف) اى ولم يقم بينة على صدق مقالته فان أقامها لم يحد أى القاذف وكذا المقذوف ان تقادم السبب كما في البحر عن الظهيرية (قوله فسره بقوله أى مكلفا الخ) أسقط منه قيد الحرية ولا بد منه وقد ذكره في الهداية ويشترط ايضا ان لا يكون مجبوبا ولا أخرس ولا خنثى مشكلا وان لا تكون المرأة رتقاء ولا خرساء

اذا المجبوب والرتقاء لا يحد قاذفهما لانهما وان صدق عليهما تعريف المحصن هنا لا يلحقهما العار بذلك لظهور كذبه بيقين والاخرس طلبه بالاشارة ولعله لو كان ينطق لصدقه كذا في البحر والمبسوط فليتنبه له (قوله لانتفاء الزنا منهما) يعني الزنا المؤثم وفي البحر عن الظهيرية لو قذف مراهقا فادعى البلوغ بالسن او الاحتلام لم يحد القاذف بقوله اه فهذا يستثنى من قول ائمتنا لو راهقا وقالا بلغنا صدقا واحكامهما احكام البالغين (قوله عفيفا عن الزنا) قال في البرهان هو ان يكون معروفا بكف نفسه عن الزنا (قوله وعفته اعم من ان وطئ بنكاح صحيح اولا) يعني اولا وطئ اصلا لا صحيحا ولا غيره لما قال الكمال وفي شرح الطحاوي في العفة قال لم يكن وطئ امراة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد في عمره فان كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذا لو وطئ في غير الملك او وطئ امة مشتركة سقطت عدالته وان وطئ مملوكته وحرمتها مؤقتة لا تسقط عدالته كما اذا وطئ امرأته في الحيض او امته المجوسية وان كانت مؤبدة يسقط احصانه كامته وهي اخته رضاعا اه ويستفاد هذا من كلام المصنف آخر الباب اه ولم يصور الكمال بوطء المولى الامة التي زوجها وذلك لان ملك متعتها ليس الا لزوجها بخلاف المجوسية اذ حرمتها لعارض فتمثيل الزيلعي بوطء امته المنكوحة فيما لا يسقط احصانه ٧١ مع قوله بعده لان ملك المتعة فيهن ثابت ينفي ذلك التصوير اذ لا ملك للمولى في متعة امته التي زوجها فليتأمل ولو مس امراة او نظر الى فرجها بشهوة فتزوج بنتها او امها ودخل بها لا يسقط احصانه عند ابي حنيفة وعندهما يسقط لتأبيد الحرمة وله ان كثيرا من الفقهاء يصححون نكاحها وانما قال بحرمتها احتياطا فهي حرمة ضعيفة لا ينتفي بها الاحصان الثابت بيقين بخلاف الحرمة الثابتة بزنا الاب فانها ثابتة بظاهر قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فلا يعتبر الخلاف فيها مع وجود النص (قوله بصريحه) اي من اي لسان كان كما في البرهان ولو قال لرجل يا زاني فقال له غيره صدقت حد المبتدي دون المصدق ولو قال له صدقت هو كما قلت فهو قاذف ايضا ولو قال زنيت ببعير او ناقة او ما اشبهه لا حد عليه لانه نسبه لاتيان البهيمة وبه تبين ان حد القذف لا يجب مع التصريح بالزنا في بعض المسائل لقرينة ويجب في بعضها مع عدم التصريح مثل قوله فيما تقدم صدقت هو كما قلت فحينئذ يحتاج لضبط هذه المسألة اه كذا في البحر (قوله ونحوها) يعني كقوله لامراة زنيت بناقة او اتان او ثوب او دراهم فانه يحد لان معناه زنيت واخذت البدل ولو قال زنيت بحمار او ببعير او ثور لا يحد لان الزنا ادخال رجل ذكره الخ كذا في الفتح (قوله او بزنأت في الجبل) وكذا يحد لو قال على الجبل في حالة الغضب وهو الاوجه وقيل لا يحد لان لفظة على تعين كون المراد الصعود كما في الفتح (قوله اولست لابيك الخ) يعني وام المقذوف محصنة لانه في الحقيقة قذف لها وفي كلام المصنف اشارة الى انه لو نفاه عن امه او قال لست لابيك وامك او لست ابن فلان وفلانة وهما ابواه لا حد عليه مطلقا وبه صرح في الفتح والبحر (قوله في غضب متعلق بزنأت والمعطوفين بعده) اشتراط كونه في غضب واضح في الاولى والثالثة واما الثانية فقد ذكرها في الهداية مطلقة عن التقييد بالغضب وقدمها بعضهم عليه كالزيلعي وجزم به في غاية البيان ولم يتعقبه الكمال وهو بعيد لما صرح به في الكافي للحاكم الشهيد بقوله وان قال لرجل يا ولد الزنا او يا ابن الزنا او لست لابيك وامه حرة مسلمة فعليه الحد اه فقد سوى بين الالفاظ الثلاثة وصرح به في قاضيخان قال لرجل لست لابيك عن ابي يوسف انه قذف كان ذلك في غضب او رضا اه كذا في البحر (قوله واشترط طلبه لان فيه حقه) يشير الى ان الاظهر ان الغالب فيه حق الله صرح به في الهداية وسيأتي في كلام المصنف

لا يلحق الصبي والمجنون لانتفاء الزنا منهما (مسلما) لقوله عليه الصلاة والسلام من اشرك بالله فليس بمحصن (عفيفا عن الزنا) فان غير العفيف لا يلحقه العار وايضا القاذف صادق فيه وعفته اعم من ان وطئ بنكاح صحيح اولا وبهذا التعميم يمتاز عن احصان الزنا (بصريحه) متعلق بقذف اي بصريح الزنا بان يقول زنيت او يا زانية او انت زانية ونحوها (او بزنأت في الجبل) معناه زنيت فانه يحد مهموزا ايضا وعند محمد لا يحد لان المهموز هو الصعود او مشترك والشبهة دارئة قلنا حالة الغضب ترجح ذلك (او لست لابيك او لست بابن فلان ابيه) اي قال لست بابن زيد الذي هو ابو المقذوف فقوله ابيه لفظ المصنف (في غضب) متعلق بزنأت والمعطوفين بعده ونفي البنوة في غير الغضب يحتمل المعاتبة (حد) القاذف (بطلب المقذوف) المحصن واشترط طلبه لان فيه حقه من حيث دفع العار عنه (ولو) كان المقذوف (غائبا) عن مجلس القاذف (حالة القذف) ذكر هذا التعميم في التتارخانية نقلا عن المضمرات ولا بد من حفظه فانه كثير الوقوع (بنزع الفرو والحشو فقط) متعلق بحد يعني لا يجرد كما يجرد في حد الزنا لان سببه غير مقطوع به لاحتمال كون القاذف صادقا لكن ينزع عنه الفرو والحشو لانه يمنع ايصال الالم اليه (لا) يحد (بقوله لست (بابن فلان جده) بالجر صفة فلان او بدل منه وانما لم يحد لانه صادق في نفيه (ونسبته) اي ولا يحد ايضا بنسبته (اليه) اي جده (او الى خاله او عمه

أورابه) لان كلا منهم يسمى أبا وليس بأب حقيقة فلا حد في نفيه (و) لا (بقوله يا ابن ماء السماء) فان في ظاهره نفي كونه ابنا لابيه وليس المراد ذلك بل التشبيه في الجود والسماحة والصفاء (و) لا (بقوله يا نبطي لعربي) فانهم جيل من الناس في سواد العراق وقال ابن أبي ليلى هو قذف فيحد فيه لانه نسبه الى غير أبيه والحجة عليه ماروى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه سئل عن رجل قال لرجل يا نبطي فقال لا حد عليه (ويطالب) عطف على يطالب المقذوف (من يقع القدح في نسبه بقذف الميت) يعني لا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه (كالوالد وان علا والولد وان سفل) لان العار يلحق بهم بسبب الجزئية فيثبتا ولهم القذف معنى وعند الشافعي حد القذف يورث فيثبت لكل وارث حق المطالبة (ولو) كان الطالب (محروما) عن الميراث بالقتل أو الكفر أو الرق فان المقذوف اذا كان محصنا جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد خلافا لمحمد ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر فيهما (أو ولد بنت) فان له المطالبة لتحقق الجزئية وعند محمد لا يطالب الا من يرث بالعصوبة (قال ابن يا ابن الزانيين وقد مات أبواه فعليه حد واحد) لان الغالب في الحدود عندنا حق الله تعالى فتتداخل حتى لو قذف رجلا مرارا أو جماعة كل واحد منهم لا يجب الا حد واحد كما سيأتي * حكى عن ابن أبي ليلى كان قاضيا بالكوفة فسمع يوما رجلا يقول عند باب مسجده لرجل يا ابن الزانيين فأمر بأخذه فادخل المسجد فضربه حدين ثمانين ثمانين لقذفه الوالدين فبلغ ذلك أبا حنيفة فقال يا للعجب من قاضي بلدنا قد أخطأ في مسئلة واحدة من خمسة أوجه حده من غير خصومة المقذوف وضربه حدين ولا يجب عليه الا حد واحد ولو قذف ألفا ووالى بين الحدين والواجب أن يفصل بينهما بيوم أو أكثر وحده في المسجد وقد قال عليه الصلاة والسلام جنبوا صبيانكم مساجدكم ومجانينكم وسل سيوفكم واقامة حدودكم والخامس ينبغي ان يكشف ان المقذوفين حيان أو ميتان لتكون الخصومة اليهما أو الى ولدهما وان اجتمعت على واحد أجناس مختلفة بان قذف وزنى وشرب وسرق يقام عليه الكل ولا يوالى بينها خيفة الهلاك بل ينتظر حتى يبرأ من الاول فيبدأ بحد القذف أولا لان فيه حق العبد ثم الامام بالخيار ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بالقطع لاستوائهما في القوة لثبوتهما بالكتاب ويؤخر حد الشرب لانه أضعف منهما ذكره الزيلعي (ولا يطالب أحد) من العبيد (سيده ولا) أحد من الاولاد (أباه بقذف أمه) الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده ولا الاب بسبب ابنه فلو كان لها ابن من غيره له الطلب لوجود السبب وانتفاء المانع (وليس فيه ارث) أي اذا مات المقذوف بطل الحد عندنا خلافا

(قوله أورابه) هو زوج أمه (قوله لان كلا منهم يسمى أبا الخ) يشير الى انه لو نسبه الى غير هؤلاء فقال انت ابن فلان حد وهو استحسان نص عليه الكمال (قوله فلا حد في نفيه) يعني النفي الصريح في قوله است بابن فلان جده والنفي الضمني في نسبته لعمه وخاله (قوله ويطالب من يقع القدح في نسبه بقذف الميت) ٧٢ يشير الى انه لو عفا بعضهم يكون لغيره اقامته لدفع العار عن نفسه وبه صرح الكمال (قوله جاز لابنه الكافر أو العبد أن يطالب بالحد خلافا لمحمد) يخالفه ما في السراج الوهاج وان كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد هذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر ليس لهما ذلك اه وقال في المجمع وأجزنا طلب الابن الكافر والعبد بقذف الاب اه فلم يجعل الخلاف مع محمد بل مع زفر رحمهم الله (قوله أو ولد البنت) هو ظاهر الرواية كما في الفتح (قوله وعند محمد لا يطالب الا من يرث بالعصوبة) كذا في التحفة ويخالفه ما في الهداية حيث قال ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد اه قال الكمال وقوله خلافا لمحمد يعني في رواية ليست هي ظاهر الرواية عنه ثم قال فان قلت قد ظهر الاتفاق على ولاية مطالبة ولد الولد بقذف جده وجدته انما خالف زفر في ذلك عند وجود الاقرب فما وجه ما في قاضيخان اذا قال جدك زان لا حد عليه قلنا ذلك للابهام لان في اجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا ما لم يعين مسلما بخلاف قوله أنت ابن ابن الزانية لانه قاذف لجده الادنى فان كان أو كانت محصنة حد (قوله والواجب أن يفصل بينهما) هذا على سبيل الفرض والتقدير يعني لو لزمه حدان لوجب الفصل وليس المراد انه يقام عليه الحد هنا بعد الفصل فليتنبه له (قوله ذكره الزيلعي) يعني ذكر ما نص عليه من قوله حكى الخ اما أصل المسئلة فأخوذ مما حكى (قوله ولا أحد من الاولاد أباه) لو قال أصله لكان أولى ليشمل الابوين والاجداد والجدات قال في البحر قيد بالقذف لانه لو شتم ولده فانه يعزر كما في القنية اه ثم قال صاحب البحر وفي نفسي منه شئ لتصريحهم بان الوالد لا يعاقب بسبب ولده فاذا كان القذف لا يوجب عليه شيأ فالشتم أولى اه (قوله وليس فيه ارث) يشير الى ان طلب الفرع بقذف أصله ميتا بالاصالة لا الميراث كما في البحر (قوله أي اذا مات المقذوف بطل الحد عندنا خلافا للشافعي الخ) ذهب صدر الاسلام أبو اليسر الى ان المغلب فيه حق العبد كقول الامام الشافعي رحمهما الله تعالى

(قوله ولا اعتياض عنه) كذا الاعفوفيه لكنه ليس للامام أن يقيمه بعد ذهاب المقذوف وعفوه بل اذا عاد وطلبه حد لان العفو كان لغوا فكأنه لم يخاصم الى الآن وفي غاية البيان معزيا الى الشامل لا يصح عفو المقذوف الا ان يقول لم يقذفني أو كذب شهودي اه كذا في البحر (قوله قال رجل لآخر يازاني فرد عليه بلا بل أنت حدا) يعني بطلبهما ولا عفو كما تقدم ولا يلتقيان قصاصا اوكذا لو تضاربا يعزران ولا يتكافآن ويبدأ بالبادي لانه أظلم وهذا بخلاف ما يوجب التعزير من السب فانهما يتكافآن بشرط أن لا يكون في مجلس القاضي لانهما يعزران بتشاتمهما بين يدي القاضي كما في البحر (قوله اقر بولد فنفى الخ) كذا ذكره هنا في الهداية والكنز ايضا وقد تقدم لهم في باب اللعان ما يغني عن هذا ٧٣ من قوله ثم نفى أول التوامين واقر بالثاني حد

للشافعي لان الارث يجري في حقوق العباد وههنا حق الشرع غالب عندنا (ولا فيه (رجوع) يعني من أقر بقذف ثم رجع لا يقبل لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف حدود هي خالص حق الله تعالى اذ لا مكذب له فيها (ولا اعتياض) أي أخذ عوض (عنه) لانه أيضا يجري في حقوق العباد (قال) رجل (لآخر يازاني فرد) الآخر كلامه عليه (بلا) أي بقوله لا (بل أنت حدا) لان معناه لا بل أنت زان (ولو قال لعرسه فردت به حدت ولا لعان) لان كلا منهما قاذف الآخر وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد فيبدأ بالحد لان في بداءته فائدة ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس بأهل اللعان ولا ابطال في عكسه لان الملاعنة تحد حد القذف لان احصانها لا يبطل اللعان والمحدودة في القذف لا تلاعن لسقوط الشهادة فيحتال لدفع اللعان لانه في معنى الحد (و بزنيت بك هدر) يعني اذا قال لها يازانية فقالت زنيت بك فلا حد ولا لعان لوقوع الشك في كل منهما لاحتمال انها أرادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد لا اللعان واحتمال أنها أرادت زنائي هو الذي كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت أحدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا يجب اللعان لا الحد لوجود القذف منه لا منها فجاء الشك (أقر بولد فنفى لاعن وان عكس حد) لان النسب يثبت باقراره ثم بالنفي صار قاذفا فوجب اللعان واذا نفاه ثم أقر فقد كذب نفسه فوجب الحد (والولدان) يعني ولد أقر به ثم نفاه وولد نفاه ثم أقر به (له) أي يثبت نسبهما منه لاقراره (قال لامرأة يازاني حد ولرجل يازانية لا) كذا في تحفة الفقهاء (لا شئ بليس بابني ولا بابنك) لانه نفي الولادة ولا يصير به قاذفا (ولا حد بقذف من لها ولد لا أب له) لقيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا أب له ففاتت العفة نظرا اليها (أو) بقذف (من لاعنت بولد والولد حي) أو قذفها بعد موت الولد لقيام أمارة الزنا منها كما مر بخلاف الملاعنة بلا نفي الولد حيث يحد قاذفها لانتفاء الامارة (أو) بقذف (رجل وطئ في غير ملكه بكل وجه أو بوجه كالامة المشتركة) فان الوطء في الصورتين حرام لعينه والاصل ان من وطئ وطأ حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه (أو) وطئ (في ملكه المحرم أبدا كامة هي أخته رضاعا أو من زنت) عطف على رجل وطئ أي لا حد بقذف من زنت (في كفرها)

وان عكس لاعن وثبت نسبهما فيهما ولذا نبه صاحب الهداية على ذلك (قوله ولو قال لامرأة يازاني حد) هذا بالاتفاق لان الترخيم شائع (قوله ولو قال لرجل يازانية لا) أي لا يحد وهو استحسان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي يحد لانه قذفه على المبالغة فان التاء تزاد له كما في علامة ونسابة ولهما انه رماه بما يستحيل منه فلا يحد كما لو قذف مجبوبا وكما لو قال أنت محل للزنا لا يحد وكون التاء للمبالغة مجاز لما عهد لها من التأنيث ولو كان حقيقة فالحد لا يجب بالشك كذا في الفتح (قوله لا شئ بليس بابني الخ) كان الانسب تقديمه على المسئلة التي قبله لتعلقه بما قبلها (قوله لا أب له) يعني لا أب له معروف في بلد القذف لا في كل البلاد كذا في البحر اه فهذا أعم من مجهول النسب لانه من لا يعرف له أب في مسقط رأسه (قوله أو بقذف من لاعنت بولد) يعني وقد نفى القاضي نسبه عن أبيه واستمر منقطع النسب عنه حتى لو ادعى الولد بعده حد أو لم يحد حتى مات أو لاعن ولم يقطع القاضي نسب الولد حد قاذفها وكذا يحد لو قامت بينة على انه ادعاه وهو ينكر ويثبت النسب من الاب ويحد الاب

لخروجها عن صورة الزواني كما في البحر والفتح (قوله بخلاف الملاعنة بلا نفي الولد) صرح به في الفتح كما يحد قاذف ولد الزنا أو ولد الملاعنة (قوله بكل وجه كوطء الاجنبية فانه يسقط احصانه ولو مكرها) كذا يسقط احصان المرأة المكرهة فان الاكراه يسقط الاثم ولا يخرج الفعل من ان يكون زنا كما في الفتح عن المبسوط (قوله أو من زنت في كفرها) لو قال من زنا لكان أولى ليشمل الرجل صريحا وان علم حكمه من حكمها وبه صرح في الهداية والمراد انه قذف بعد الاسلام بزنا كان في الكفر بان قال زنيت وأنت كافر كذا في الفتح

(قوله أو اقراره به أى بالزنا كما مر الخ) كذا قال فى البدائع فان أقام أربعة من الشهود على معاينة الزنا من المقذوف أو على اقراره بالزنا سقط الحد عن القاذف ويقام حد الزنا على المقذوف اهـ قلت فى اقامة الحد على المقذوف بالبينة على اقراره نظر لانه قد تقدم فى كلام البدائع ما يناقض هذا وهو الصواب ونصه ولو أقر أى بالزنا أربع مرات فى غير مجالس القاضى وشهد الشهود على اقراره لا تقبل شهادتهم لانه ان كان مقرا فالشهادة لغو لان الحكم للاقرار لا للشهادة وان كان منكرا فالانكار منه رجوع والرجوع عن الاقرار فى الحدود الخالصة حقا لله صحيح اهـ فقد أفاد بهذا صريحا انه لا حد على المقذوف باقامة البينة على اقراره ولا حد على القاذف لاقامة البينة ويمكن دفع المناقضة بحمل قول صاحب البدائع على اللف والنشر المشوش بارجاع قوله سقط الحد عن القاذف الى قوله او على اقراره على الزنا وارجاع قوله ويقام حد الزنا على المقذوف الى قوله فان اقام اربعة من الشهود على معاينة الزنا من المقذوف اهـ ولكن لا يخفى ما فيه من التكلف ولا يساعده كلام التحفة وفى كلام الكمال ما يشير الى هذا حيث قال فان شهد رجلان أو رجل وامرأتان على اقرار المقذوف بالزنا يدرأ عن القاذف الحد وعن الثلاثة أى الذين اقامهم القاذف فشهدوا بالزنا لان الثابت بالبينة كالثابت ٧٤ بالمعاينة فكانا سمعنا اقراره بالزنا الا ان المعتبر فى الاقرار اسقاط الحد لا اقامته لان ذلك لا يمكن ولو كثرت الشهود اهـ وفى التتارخانية عن التهذيب شهد اربعة انه اقر بالزنا لا حد عليهم ولا على المشهود عليه بالزنا اهـ (قوله ويؤجل الى قيام المجلس) هو ظاهر الرواية وعن ابى يوسف يستأنى به الى المجلس الثانى كما فى الفتح (قوله ولا يكفل) قال الكمال ولا يكفل فى شئ من الحدود والقصاص فى قول ابى حنيفة وابى يوسف الاول ولهذا يحبسه أبو حنيفة وفى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد يؤخذ منه الكفيل فلهذا لا يحبس عندهما فى دعوى حد القذف والقصاص ولا خلاف انه لا يكفل بنفس الحد والقصاص ثم قال وكان أبو بكر الرازى يقول مراد أبى حنيفة أن القاضى لا يجبره على اعطاء الكفيل فأما اذا سمحت نفسه به فلا بأس لان تسليم نفسه مستحق عليه والكفيل فى الكفالة بالنفس انما يطالب بهذا القدر اهـ (قوله بل يحبس ويقال له ابعث اليهم) هو ظاهر الرواية وذكر او ابن رستم عن محمد اذا لم يكن له من يأتى بهم اطلق عنه وبعث معه واحدا من شرطه ليرده عليه كذا فى الفتح وفيه اشارة الى أن المراد بالحبس حقيقته وبه صرح فى التتارخانية فقال المراد بالحبس حقيقته وقال فى البدائع المراد بالحبس الملازمة أى يقال للمدعى لازمه الى هذا الوقت فان أحضر البينة فيه والا خلى سبيله اهـ (قوله كفى حد واحد بجنايات اتحد جنسها) هو من التداخل فى الحكم لا السبب وقدمناه فى سجود التلاوة ومن فروع التداخل لو قذف آخر وقد بقى سوط من حده للاول كفى كذا فى الفتح

(فصل * التعزير تأديب) قال الكمال التعزير التأديب فيما شرع فيه التعزير اذا رآه الامام واجب ولا يخفى على أحد انه ينقسم الى ما هو حق العبد وحق الله فما كان حق الله على كل الانسان وان لم يكن محتسبا لانه من باب ازالة المنكر باليد والشارع ولى كل احد ذلك اهـ وهو يشير الى أنه لا يقيمه غير الحاكم الا حال قيام المعصية وأما بعده فليس الا للحاكم كذا فى البحر وما كان حق العبد يتوقف على الدعوى لا يقيمه الا الحاكم أو من حكمه فيه وفى البحر عن المجتبى وقيل لصاحب الحق اقامته كالقصاص وقيل للامام لان صاحب الحق قد يسرف فيه غلطا اهـ (قوله دون الحد) أى الذى هو أدنى الحدود وهو حد العبد لما سيذكره المصنف (قوله أو الصفع) كذا فى المغرب ونقله فى العناية عن الظهيرية اهـ وقال فى البحر ذكر أبو اليسر والسرخسى انه لا يباح التعزير

الصدق فى الزنا منها شرعا لانعدام الملك والزنا حرام فى جميع الاديان (أو) بقذف (مكاتب مات عن وفاء) لتمكن الشبهة فى حريته لاختلاف الصحابة فيه (وحد مستأمن قذف مسلما هنا) أى فى دار الاسلام لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد (و) حد (قاذف واطئ عرسه حائضا) لكون الحرمة مؤقتة (أو) واطئ جارية (مملوكة حرمت مؤقتة كأمته المجوسية أومكاتبته و) قاذف (مجوسى نكح امه فأسلم) فانه يحد عند أبى حنيفة خلافا لهما وهذا مبنى على ما سبق ان تزوج المجوسى بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما (اذا أقر) القاذف (بالقذف يطالب) أى القاذف (بالبينة) على كون المقذوف زانيا (فان أقام اربعة على زناه أو اقراره به) أى بالزنا (كما مر) أى اربعا فى اربعة مجالس (حد المقذوف وان عجز) القاذف عن اقامة البينة (للحال واستأجل لاحضار شهود فى المصر يؤجل الى قيام المجلس فان عجز حد ولا يكفل ليذهب فيطلبهم بل يحبس ويقال ابعث اليهم) من يحضرهم كذا فى تحفة الفقهاء (كفى حد) واحد (بجنايات اتحد جنسها بخلاف ما اختلف) أى جنسها وقد مر تفصيله

{فصل}

(التعزير تأديب) فى الكشاف العزر المنع ومنه التعزير لانه منع من معاودة القبيح (دون الحد) أى أدنى قدر من الحد وهو قد يكون بالحبس أو الصفع

بالصفع لانه من أعلى ما يكون من الاستخفاف فيصان عنه أهل القبلة كذا في المجتبى والصفع الضرب على القفا اه (قوله أو الضرب) سيذكر المصنف آخر الباب انه يكون بالقتل لمن رآه يزني وبقي التعزير بالشتم وأخذ المال فأما التعزير بالشتم فهو مشروع بعد أن لا يكون قذفا كما في البحر عن المجتبى وأما بالمال فصفته أن يحبسه عن صاحبه مدة لينزجر ثم يعيده اليه كما في البحر عن البزازية اه ولا يفتى بهذا لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه (قوله أكثره تسعة وثلاثون سوطا) سيقيده المصنف بما اذا كان سببه من جنس ما يجب فيه حد القذف نحو أن يقول لذمية أو أم ولد يا زانية كما في الخانية (قوله وأقله ثلاثة) هذا على ما ذكر القدوري وقال بعد نقله في الهداية ذكر مشايخنا أن أدناه على ما يرى الامام يقدر بقدر ما يعلم انه ينزجر به لانه يختلف باختلاف الناس وعن أبي يوسف انه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف اه وتقريبه من حد الزنا أن يكون فيه أكثر الجلدات وتقريبه من حد القذف أن يكون فيه أقل الجلدات كذا في العناية (قوله وانما قال أقله ثلاثة لان ما دونها لا يقع به الزجر) أي لمن يناسبه لما قد علمت أنه ليس لازما لاختلافه باختلاف الناس (قوله ولا يفرق) كذا في الهداية وفي حدود الاصل يفرق التعزير على

أو تعريك الاذن أو الكلام العنيف أو نظر القاضي اليه بوجه عبوس أو الضرب فحينئذ (أكثره تسعة وثلاثون سوطا وأقله ثلاثة) لان التعزير ينبغي أن لا يبلغ حد الحد وأقل الحد أربعون وهو حد العبد في القذف والشرب وأبو يوسف اعتبر حد الاحرار لانهم الاصول وهو ثمانون ونقص عنها سوطا في رواية وخمسة في أخرى وانما كان أقله ثلاثة لان ما دونها لا يقع به الزجر (ولا يفرق) الضرب على الاعضاء (هنا) أي في التعزير كما يفرق في الحد لما سيأتي والتعزير على أربع مراتب تعزير أشراف الاشراف كالفقهاء والعلوية وتعزير الاشراف كالدهاقنة وكبار التجار وتعزير أوساط الناس وتعزير الخسائس فالاول الاعلام لا غير وهو أن يقول القاضي بلغني انك تفعل كذا وكذا والثاني الاعلام والجر الى باب القاضي وتعزير الاوساط وهم السوقة الاعلام والجر الى باب القاضي والحبس وتعزير الخسائس الاعلام والجر الى باب القاضي والحبس والضرب (وصح حبسه مع ضربه) اذا احتيج الى زيادة تأديب (وضربه أشد) من ضرب الحد لانه تخفف جرى فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي الى فوت المقصود ولذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء ويضرب قائما في ازار واحد (ثم الضرب (للزنا) أشد من الباقي لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم حيث قال علي رضي الله عنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترين ثمانون جلدة وعليه اجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم (ثم للشرب ثم للقذف) لان جناية الشرب مقطوع بها وجناية القذف لا لاحتمال كون القاذف

الاعضاء وفي أشربة الاصل يضرب التعزير في موضع واحد وقال الزيلعي ليس في المسئلة اختلاف الرواية واختلاف الجواب لاختلاف الموضوع فالاول فيما اذا بلغ بالتعزير أقصاه والثاني فيما اذا لم يبلغ وهكذا في المجتبى وفتح القدير كما في البحر (قوله والتعزير على أربعة مراتب) كذا في الفتح عن الشافي (قوله وهو أن يقول له القاضي بلغني انك تفعل كذا وكذا) قيده في شرح المجمع عن النهاية بأن يكون مع النظر بوجه عبوس اه ولا يخفى أن هذا مع ملاحظة السبب فلا بد وأن لا يكون مما يبلغ به أدنى الحد كما اذا أصاب من أجنبية غير الجماع (قوله والثاني الاعلام والجر الى باب القاضي) يتميز عن الاول بحصول الاول بعد اجتماع القاضي من غير سبق طلبه لمن يعزره والا يتحد الثاني والاول اه وعلى ما ذكر في البدائع التمييز ظاهر لقوله تعزير أشراف الاشراف بالاعلام المجرد وهو أن يبعث القاضي أمينه اليه فيقول بلغني انك تفعل كذا وكذا وتعزير الاشراف الاعلام والجر الى باب القاضي والخطاب بالمواجهة الخ وأما على ما ذكره الكمال فيتميز الثاني عن الاول بالخصومة في ذلك زيادة عن الجر والاعلام فانه قال تعزير أشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو أن يقول له القاضي بلغني انك تفعل كذا فينزجر به وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقة بالجر والحبس وتعزير الاخسة بهذا كله وبالضرب اه (قوله وضربه أشد من ضرب الحد) يؤخذ من التعليل أن هذا فيما اذا عزر بما دون أكثره والا فتسعة وثلاثون من أشد فوق ثمانين حكما فضلا عن الضرب أربعين مع تنقص واحد من الاشدية فيفوت المعنى الذي لاجله نقص كذا قاله الشيخ قاسم بن قطلوبغا (قوله ويضرب قائما في ازار واحد) كذا في الفتح عن المبسوط ثم قال وفي فتاوى قاضيخان يضرب في التعزير قائما عليه ثيابه وينزع الحشو والفرو ولا يمد في التعزير اه (قوله لان جناية الشرب مقطوع بها) أي متيقن بسببها للمشاهدة كذا في البحر والنهر اه ويمكن أن يقال لا يلزم من المشاهدة التيقن بالسبب لانه قد تكون لاساغة لقمة وتقوم عليه بينة ويمكن الجواب بأن المراد التيقن من حيث الظاهر

صادقا في قذفه وعجزه عن اقامة البينة لا يدل على كذبه لاحتمال غيبة شهوده أو اباءهم عن أدائها ولان شارب الخمر قلما يخلو عن القذف فيصير كل شارب جامعا بين الشرب والقذف فيتحقق منه جنايتان ومن القاذف جناية واحدة فلهذا كان ضربه أخف من ضرب الشارب وان كان منصوصا عليه كذا في الكافي فاضمحل ما قال صدر الشريعة أقول حد القذف ثابت بالنص وهو قوله تعالى فاجلدوهم ثمانين جلدة وحد الشرب قيس على حد القذف لان حد الشرب لم يثبت بالقياس بل باجماع الصحابة غايته ان سند الاجماع هو القياس وقد تقرر في الاصول ان الحكم يستند الى الاجماع لا سنده (وعزر بقذف مملوك) عبدا وأمة أو أم ولد (أو كافر بزناه) لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير ولهذا يبلغ في التعزير غايته وفي الدرر الائمة الرأي الى الامام وصورتان أخريان يجب فيهما البلوغ في التعزير غايته احداهما اذا أصاب من الاجنبية كل حرام غير الجماع والثانية ما اذا أخذ السارق بعدما جمع المتاع قبل الاخراج كذا في الكافي (و) عزر بقذف (مسلم بيا فاسق الا أن يكون معلوم الفسق) فحينئذ لا يعزر ذكره قاضيخان (قال له يا فاسق فأراد اثباته لدفع التعزير لا يسمع) لانه شهادة على الجرح المجرد (بخلاف ما اذا قال يا زاني فأراد اثباته حيث يسمع) لانه يثبت عليه الحد وهو حق الله تعالى فلا يكون جرحا مجردا كما سيأتي في كتاب الشهادة (و) عزر (بيا كافر يا خبيث يا سارق يا فاجر يا مخنث يا خائن يا لوطي يا زنديق يا لص) الا أن يكون لصا كذا في الخانية (يا ديوث) هو من لا يغار على زنا أهله (يا قرطبان) هو معرب قلتبان مرادف ديوث (يا شارب الخمر يا آكل الربا يا ابن القحبة) في الفتاوى الظهيرية القحبة الزانية مأخوذة من القحاب وهو السعال وكانت الزانية في العرب اذا مر بها رجل سعلت ليقضي منها حاجته فسميت الزانية لهذا قحبة وقيل هي من تكون همتها الزنا وقيل هي أفحش من الزانية لان الزانية قد تفعل سرا وتأنف منه والقحبة من تجاهر به بالاجرة أقول يرد على ظاهره ان مقتضى هذه المعاني أن يكون في القحبة معنى الزنا مع زيادة أمر قبيح فينبغي أن يجب فيه الحد كما وجب في يا ابن الزانية كما مر اللهم الا أن يقال ان الحد انما يجب اذا قذف بصريح الزنا أو بما هو في حكمه بان يدل عليه اللفظ اقتضاء كما اذا قال لست لابيك أو لست بابن فلان أبيه في الغضب كما مر ولفظ القحبة لم يوضع لمعنى الزانية بل استعمل فيه بعد وضعه لمعنى آخر كما مر ولا يدل عليه اقتضاء أيضا وهو ظاهر يؤيده ما قال الزيلعي لا يقال يجب الحد بقوله لغيره لست لابيك وهو ليس بصريح في الزنا لاحتمال أن يكون من غيره بالوطء بالشبهة لانا نقول فيه نسبة أمه الى الزنا اقتضاء والمقتضى اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه فيجب الحد اذ الثابت اقتضاء كالثابت بالعبارة هذا غاية ما يمكن في هذا المقام لكنه بعد موضع تأمل (يا ابن الفاجرة) فانها من تباشر كل معصية فلا يكون في معنى الزانية ولا في حكمه فلا حد به (انك مأوى اللصوص أنت مأوى الزواني يا من يلعب بالصبيان يا حرامزاده) معناه المتولد من الوطء الحرام وهو أعم من الزنا وغيره كالوطء حالة الحيض وفي العرف لا يراد الا ولد الزنا وكثيرا ما يراد به

الخبيث

(قوله قال له يا فاسق فأراد اثباته) يعني بأن يشهد الشهود انه فاسق من غير بيان سببه لا يقبل أما لو أراد اثبات فسقه ضمنا لما تصح فيه الخصومة كجرح الشهود اذا قال رشوتهم بكذا فعليهم رده تقبل البينة كذا هنا اه نقله صاحب البحر عن القنية فالمصنف ذكر بعض ما فيها مع الحاجة الى ذكر باقيه ثم قال في البحر واذا قال يا فاسق فلما رفع الى القاضي ادعى أنه رآه يقبل أجنبية أو عانقها أو خلا بها ونحو ذلك ثم أقام رجلين شهدا انهما رأياه فعل ذلك فلا شك في قبولها وسقوط التعزير عن القائل وينبغي على هذا القاضي أن يسأل الشاتم عن سبب فسق من نسبه فان بين سببا شرعيا طلب منه اثباته وينبغي أنه ان بين ان سببه ترك الاشتغال بالعلم مع الحاجة اليه ان يكون صحيحا ولا يسأله بينة بل يسأل المقول له عن الفرائض التي عليه فان لم يعرفها ثبت فسقه فلا شيء على القائل له يا فاسق لما صرح به في المجتبى ان تارك الاشتغال بالعلم لا تقبل شهادته اه (قوله بخلاف ما اذا قال يا زاني) من تتمة كلام القنية وقدمه المصنف في آخر باب حد القذف (قوله وعزر بقذف مسلم) قال في البحر التقييد بالمسلم اتفاقي اذ لو شتم ذميا يعزر لانه ارتكب معصية كذا في الفتح وفي القنية لو قال ليهودي أو مجوسي يا كافر يأثم ان شق عليه قال صاحب البحر ومقتضاه أنه يعزر لارتكابه ما أوجب الاثم اه وفيه تأمل (قوله وعزر بيا كافر) كذا في الهداية وقال في التتارخانية عن المضمرات قال بعضهم من قال لآخر يا كافر لا يجب التعزير ما لم يقل يا كافر بالله لان الله تعالى سمى المؤمن كافرا بالطاغوت فيكون محتملا اه كذا في النهر قلت يرجح خلافه حالة السب والاذية فلذا أطلقه في الهداية وغيرها (قوله الا ان يكون لصا) كذا لو كان به ما وصفه به كآكل الربا وشرب الخمر (قوله فينبغي ان يجب فيه الحد) نقل التصريح بوجوب الحد بقوله يا ابن القحبة في منح الغفار عن المضمرات اه

الخبيث اللئيم فلا يحد به وانما عزر فيها لانه آذى مسلما وألحق الشين به ولا مدخل
للقياس في الحدود فوجب التعزير (ولا) أي لا يعزر (بيا حمار يا خنزير يا كلب
يا تيس يا قرد يا حجام يا ابنه) أي يا ابن الحجام (وأبوه ليس كذا يا مؤاجر) فانه
يستعمل فيمن يؤاجر أهله للزنا لكنه ليس معناه الحقيقي المتعارف بل بمعنى المؤجر
فلا تعزير فيه (يا بغا) فانه من شتم العوام ولا يقصدون به معنى معينا (يا ضحكة)
بوزن نقطة من يضحك عليه الناس وبوزن الهمزة من يضحك على الناس
(يا سخرة) هو أيضا كذلك وقيل في عرفنا يعزر في يا كلب يا حمار يا خنزير يا بقرة اذ
يراد به الشتم ويتأذى به وقيل اذا كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية
يعزر لان الوحشة تلحقهم بذلك وان كان من العامة لا يعزر للتيقن بكذبه وهذا
حسن كذا في الكافي (ادعى عند القاضي على رجل سرقة وعجز عن اثباتها
لا يعزر) لان مقصود المدعي تحصيل ماله لا السب والشتم (بخلاف دعوى الزنا)
فانه اذا لم يثبت يحد لما مر (وهو حق العبد) أي حق العبد غالب فيه (فيجوز الابراء
فيه والعفو واليمين والشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين) بخلاف
الحد الذي هو خالص حق الله تعالى حيث لم يجز فيه شيء من ذلك (يعزر المولى
عبده والزوج زوجته على تركها الزينة و) تركها (غسل الجنابة وعلى الخروج
من المنزل وترك الاجابة الى الفراش لا) أي لا يعزر الزوج زوجته (على ترك الصلاة
والاب يعزر الابن عليه) قال في النهاية انما يضربها بمنفعة تعود اليه لا لمنفعة تعود
اليها ألا يرى انه ليس له أن يضربها على ترك الصلاة وله أن يضربها على ترك الزينة
ونحوه (من حد أو عزر فمات فدمه هدر) لانه فعل ما فعل بامر الشرع فيكون
منسوبا الى الآمر فكأنه مات حتف أنفه (الا امرأة عزرها زوجها) بمثل ما ذكرنا
(فماتت) فان دمها لا يكون هدرا لان تأديبه مباح فيتقيد بشرط السلامة (ادعت
على زوجها ضربا فاحشا وثبت ذلك عليه يعزر) وكذا المعلم اذا ضرب الصبي ضربا
فاحشا يعزر كذا في مجمع الفتاوى رأى رجلا مع امرأته أو مع محرمه وهما
مطاوعان قتل الرجل والمرأة جميعا كذا في المنية

{ كتاب السرقة }

(هي) لغة أخذ الشيء من الغير خفية أي شيء كان وشرعا (أخذ مكلف) أي عاقل
بالغ (خفية قدر عشرة دراهم مضروبة جيدا محرزا) صفة قدر أو حال منه (بمكان
أو حافظ) فقد زيد على المعنى اللغوي أوصاف شرعا منها في السارق وهو كونه مكلفا
ومنها في المسروق وهو كونه مالا متقوما مقدرا ومنها في المسروق منه وهو كونه

(قوله وانما عزر فيهما لانه آذى مسلما وألحق به الشين) يشير الى أن كل من ارتكب منكرا وآذى مسلما يعني أوذيما بغير حق بقول
أو فعل عزر قال في منح الغفار ولو بغمز العين وكذا في الأشباه والنظائر (قوله وقيل في عرفنا الى قوله وهذا حسن كذا في الكافي)
مثله في الهداية وقال الكمال فتحصل ثلاثة مذاهب وهو ظاهر الرواية لا يعزر مطلقا ومختار الهندواني يعزر مطلقا والمفصل بين
كون المخاطب من الاشراف فيعزر قائله والا فلا (قوله ادعى على رجل سرقة) كذا في البحر عن القنية ثم قال وفي الفتاوى
السراجية اذا ادعى على شخص بدعوى
توجب تكفيره وعجز عن اثبات ما ادعاه
لا يجب عليه شيء اذا صدر الكلام على
وجه الدعوى عند حاكم شرعي اهـ
(قوله وهو حق العبد) كذا قال في
البحر عن الخانية وفي الفتح لا يخفى على
أحد انه ينقسم الى ما هو حق العبد وحق
الله تعالى فحق العبد يجري فيه ما ذكر
اي من نحو الابراء وأما ما وجب منه حقا
لله تعالى فقد قدمنا انه يجب على الامام
اقامته ولا يحل له تركه الا فيما علم انه
انزجر الفاعل قبل ذلك (قوله وشهادة
رجل وامرأتين) كذا في التتارخانية
عن المنتقى ويخالفه ما قال في الجوهرة
ولا يقبل في التعزير شهادة النساء مع
الرجال عند أبي حنيفة لانه عقوبة كالحد
والقصاص وقال أبو يوسف ومحمد تقبل
شهادة النساء مع الرجال لانه حق آدمي
كالديون لانه لا يصح العفو عنه اهـ وقد
علمت تقسيمه (قوله لا يعزر الزوج زوجته
على ترك الصلاة الخ) قال في التبيين
وقوله يعني صاحب الكنز بخلاف
الزوج اذا عزر زوجته الخ يشير الى أنه
يجوز له أن يضربها لهذه الاشياء يعني
ترك الصلاة والزينة والغسل من الجنابة
وترك الاجابة اذا دعاها الى فراشه
وللخروج من البيت ثم ذكر ما قاله
المصنف أيضا بعده (قوله رأى رجلا مع
امرأته الخ) كذا قاله الزيلعي وقال قبله
سئل الهندواني عن رجل وجد رجلا
مع امرأته أيحل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر بالصياح والضرب بما دون السلاح لا وان علم انه لا ينزجر الا بالقتل حل له القتل
اهـ .

{ كتاب السرقة }

(قوله فقد زيد على المعنى اللغوي أوصاف شرعا) قال الكمال وزيادة الاوصاف لاناطة الحكم
الشرعي بها اذ لا شك ان أخذ أقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع اهـ

(قوله والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء) يعني اذا كان بالنهار كما في التبيين (قوله أو ابتداء فقط) أي اذا كان بالليل لانه وقت لا يلحقه الغوث فيه فلو لم يكتف بالخفية فيه ابتداء لامتنع القطع في أكثر السراق لاسيما في ديار مصر بخلاف ما اذا كانت في النهار لانه وقت يلحقه الغوث فيه كما في التبيين (قوله وفيها مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه) أي في الحفظ وشرطها أن تكون خفية على زعم السارق حتى لو دخل دار انسان فسرق وأخرجه من الدار وصاحب الدار يعلم ذلك والسارق لا يعلم انه يعلم قطع ولو كان السارق يعلم بأن صاحب الدار يعلم ذلك لا يقطع لانه جهر كما في التبيين (قوله جيدة) يشير الى ما قال الكمال حتى لو كانت زيوفا لا يقطع بها ولو تجوز بها لان نقصان الوصف بنقصان الذات ويشترط ان يخرج ما سرقه ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا في الحرز ثم خرج به لا يقطع ولا ينتظر تغوطه بل يضمن مثله لانه استهلكه وهو سبب الضمان للحال وان يخرج النصاب مرة واحدة فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج ٧٨ باقيه لا يقطع اه ولا يشترط أن يكون المالك واحدا فيقطع بسرقة عشرة دراهم لعشرة من حرز واحد كما في مختصر الظهيرية (قوله وشرطها كونها وزن سبعة مثاقيل) قال الكمال مقتضى ما ذكروه من ان الدراهم كانت زمن النبي صلى الله عليه وسلم مختلفة صنف عشرة وزن خمسة وصنف وزن ستة وصنف وزن عشرة أن يعتبر في القطع وزن عشرة لمقتضى أصلهم في ترجيح تقدير المجن بعشرة فانه أدرأ للحد وما كان درءا كان أولى ثم قال ثم هذا البحث الزام على قولهم ان وزن سبعة لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما ان قيل كالشافعية انها كانت كذلك في زمنه صلى الله عليه وسلم فلا اه ويلوح انه يرد كذلك على قول الشافعية لوجود العلة (قوله وسألهما الخ) لم يذكر سؤال السارق اذا أقر بها ولا يسأله عن الزمان ولا عن المكان ويسأله عن باقي الشروط كذا في الفتح اه وترك السؤال عن المكان مشكل لاحتمال انه من دار الحرب كذا بحثه صاحب البحر وقال أخوه صاحب النهر الصواب أنه يسأله لجواز أن يكون في دار الحرب اه (قوله كيف هي) أي كيف السرقة لاحتمال كيفية لا يقطع معها كادخال يده في النقب (قوله وما هي) أي ماهيتها فانها تطلق على نحو استراق السمع (قوله ومتى هي) أي في أي زمن لانه عند التقادم يضمن المال ولا يقطع (قوله وأين هي) اي من أي محل سرق لاحتمال انه سرق من دار الحرب من مسلم (قوله ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة) يشير الى ما قال الكمال ان القاضي لو عرف الشهود بالعدالة قطعه اه ولعله على القول بأن القاضي يقضي بعلمه وهو خلاف المختار الآن (قوله ثم يحكم بالقطع) قال الكمال ولا يقطع الا بحضرة المسروق منه والشاهدين فان غابا أو ماتا لم يقطع اه وكذا لو غاب أو مات أحدهما في ظاهر الرواية كما في النهر اه ثم قال الكمال وهذا أي اشتراط الحضور في كل الحدود سوى الرجم وفي القصاص ان لم يحضروا استحسانا كذا في كافي الحاكم اه ونقله عنه صاحب البحر وتبعه أخوه صاحب النهر اه قلت استثناء الرجم مخالف لما تقدم لهم في حد الزنا بالرجم انه اذا غاب الشهود أو ماتوا سقط الحد فلا ينبغي الا استثناء الجلد فيقام حال الغيبة والموت بخلاف

محرزا وسيأتي بيانها ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها اما ابتداء وانتهاء كما اذا باشر سبب الاخذ خفية وأخذ خفية او ابتداء فقط كما اذا نقب الجدار خفية وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار ثم انها اما صغرى وهي السرقة المشهورة وفيها مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه واما كبرى وهي قطع الطريق وفيها مسارقة عين الامام لانه المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وشرطه كون السارق مكلفا لان الجناية لا تتحقق بدون العقل والبلوغ والقطع جزاء الجناية وشرطه كون المأخوذ عشرة دراهم مضروبة جيدة فصاعدا أو قدرها قيمة فان النص الوارد في حق السرقة مجمل في حق قيمة المسروق وقد ورد الحديث في بيانه في الجملة حيث قال صلى الله عليه وسلم لا يقطع السارق الا في ثمن المجن وقال أصحابنا المجن الذي قطعت اليد فيه على عهد النبي صلى الله عليه وسلم كان يساوي عشرة دراهم رواه ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وشرط كونها وزن سبعة مثاقيل لانه المعتبر في وزن الدراهم في غالب البلدان وكونها مضروبة لانها المتناولة عرفا لاسم الدراهم وهو ظاهر الرواية وهو الاصح حتى لو سرق عشرة تبرا لا تساوي عشرة مضروبة لا يجب القطع لان شروط العقوبات تراعى في وجودها بصفة الكمال والتبر انقص من المضروب قيمة ولهذا اشترطوا الجودة حتى لو سرق عشرة ردية لم يقطع عند أبي حنيفة وزفر وشرط كون الاخذ من حرز لا شبهة فيه لان ما يدرأ بالشبهات لا يستوفى بشبهة والحرز قد يكون بالمكان وقد يكون بالحافظ وسيأتي بيانه ان شاء الله تعالى (فيقطع السارق) أي يمينه (ان أقر مرة) كما في القصاص وحد القذف ويروى عن أبي يوسف عدم القطع الا باقراره مرتين (او شهد رجلان) كما في سائر الحقوق (وسألهما) أي الشاهدين (الامام كيف هي وما هي ومتى هي واين هي وكم هي وممن سرق وبيناها) لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه الى أن يسأل عن الشهود للتهمة ثم يحكم بالقطع (وان اشترك جمع) في السرقة

الرجم لاشتراط بداءة الشهود به اه وهذه عبارة الحاكم الشهيد في الكافي قال في أوائل كتاب الحدود واذا شهدوا بالزنا والاحصان ثم ماتوا أو غابوا أو عموا أو ارتدوا قبل ان يقضي بشهادتهم لم يرجم ولم يحد الشهود وكذلك ان أصاب أحد الشهود وان كان غير محصن أقيم عليه الحد في الموت والغيبة ويبطل فيما سواهما وكذلك فيما سوى الحدود من حقوق الناس اه وقال الحاكم في كتاب السرقة واذا كان أي المسروق منه حاضرا والشاهدان غائبان لم يقطع أيضا حتى يحضرا وقال أبو حنيفة بعد ذلك يقطع وهو قول صاحبيه وكذلك الموت وكذلك هذا في كل حد وحق سوى الرجم ويمضي القصاص وان لم يحضروا استحسانا لانه من حقوق الناس اه ونقله عنه الكمال في كتاب الحدود كما ذكرناه عنه ثمة فهذا تصريح الحاكم في الحدود والسرقة بما قلناه فليتنبه له (قوله والابنوس) بفتح الباء فيه اسم كذا في الفتح وقال العيني بفتح الباء معرب (قوله وفي الصحاح شجر طيب الرائحة) يعني بوضعه على النار لما قال فيه الاسم الطيب جهله وهو أي الابنوس من دون الاخشاب اذا وضع على النار يخرج بخورا طيبا من غير تغير وبهذا يفرق بينه وبين ما يغش به من الخشب هذا اذا كان يابسا وان كان رطبا التهب بالنار اه (قوله غير مرغوب فيها) لفظة غير زائدة (قوله وكان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله) كذا في الهداية وعلله بأن الثقيل منه لا يرغب في سرقته اه وقال الكمال ونظر فيه بأن ثقله لا ينافي ماليته ولا ينقصها ٧٩ وانما يقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة ولو صح هذا

(واصاب كل قدر نصاب) وهو عشرة دراهم (قطعوا وان أخذ المال) كله من الحرز (بعضهم) لان المعتاد بين السراق ان يتولى بعضهم الاخذ ويستعد الباقون للدفع فلو امتنع الحد بمثله لامتنع القطع في أكثر السراق فيؤدي الى فتح باب الفساد (يقطع بالساج) خشب مقوم يجلب من الهند (والقنا) الرمح (والابنوس) خشب صلب وفي الصحاح شجر طيب الرائحة (والعود والمسك والادهان والورس) نبات كالسمسم ليس الا باليمن يزرع فيبقى عشرين سنة كذا في القاموس (والزعفران والعنبر والفصوص الخضر) كأنها الزمرد (والياقوت والزبرجد واللؤلؤ واللعل والفيروزج) وبالجملة كل ما هو من أعز الاموال وأنفسها ولا يوجد في دار الاسلام مباحة الاصل غير مرغوب فيها (واناء وباب من خشب) فان الصنعة فيهما غلبت على الاصل فالتحقا بالاموال النفيسة وانما يقطع في الباب اذا كان محرزا غير منصوب على الجدار خارج البيت وكان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله (لا) أي لا يقطع (بتافه) أي حقير (يوجد مباحا في دارنا كخشب وحشيش وقصب وسمك وصيد وزرنيخ ومغرة) وهي الطين الاحمر (ونورة ولا بما يفسد سريعا كلبن ولحم وفاكهة رطبة وثمر على شجر) لعدم الاحراز (وبطيخ وزرع لم يحصد) لعدمه فيهما أيضا (و) لا (في أشربة مطربة وآلات لهو وصليب من ذهب أو فضة

امتنع القطع في فردة حمل من قماش ونحوه وهو منتف ولذا أطلق الحاكم في الكافي القطع اه (قوله كخشب) أي لم تدخله صنعة تغلب عليه كالحصر الحسبية والقصب المصنوع بوارى حتى لو غلبت في الحصر قطع فيها كالحصر البغدادية والعبدانية في ديار مصر والاسكندرية وهي العبدانية بخلاف الحصر الحسبية لنقصان احرازها حيث كانت تبسط في غير الحرز ولان شبهة التفاهة فيها كما قالوا انه لا يقطع في الملح كذلك ولا يقطع في الآجر والفخار لان الصنعة لم تغلب فيها على قيمتها وظاهر الرواية في الزجاج انه لا يقطع لانه يسرع اليه الكسر فكان ناقص المالية كذا في الفتح (قوله وسمك) شامل للمملوح (قوله وصيد) شامل للطير بجميع أنواعه حتى البط والدجاج كما في التبيين وهو الاصح كما في النهر (قوله وزرنيخ) هو بالكسر فارسي معرب كما في المصباح ونظر بعضهم في الزرنيخ فقال ينبغي أن يقطع به لكونه مرغوبا فيه لانه محرز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الاموال كذا في الفتح (قوله ومغرة) هو بفتحات الثلاث وتسكين الغين كما في البرهان (قوله ولحم) شامل للقديد كما في التبيين وكذا الحكم في الخبز كما في البرهان (قوله وثمر على شجر لعدم الاحراز) أي الاحراز الكامل ولذا قال في البرهان ولو محرزا بحائط (قوله وزرع لم يحصد) يشير الى القطع بما حصد ووضع في الحظيرة وبه صرح في البرهان وقال الكمال والقطع في الحنطة وغيرها اجماعا انما هو في غير سنة القحط اما فيها فلا سواء كان مما يتسارع اليه الفساد أو لا لانه عن ضرورة ظاهرا وهي تبيح التناول وعنه صلى الله عليه وسلم لا قطع في مجاعة مضطر وعن عمر رضي الله عنه لا قطع في عام سنة (قوله ولا في اشربة مطربة) يشير الى القطع بسرقة الخل وبه صرح الكمال قال وفي سرقة الاصل يقطع بالخل ونقل الناطفي في كتاب المجرد قال أبو حنيفة لا قطع في الخل لانه قد صار خمرا مرة وفي نوادر أبي سليمان برواية علي بن الجعد لا قطع في الرب والجلاب (قوله وآلات لهو) قال الكمال واختلف في طبل الغزاة فقيل لا يقطع به واختاره الصدر الشهيد لانه يصلح للهو وان كان وضعه لغيره وقيل يقطع لانه مال متقوم ليس موضوعا للهو فليس بآلة لهو

وشطرنج ونرد) لان من اخذها يتأول الكسر والاراقة بخلاف دراهم عليها التماثيل لانها ما أعدت للعبادة بل للتمول فلا يثبت فيها تأويل الكسر (وباب مسجد) لعدم الاحراز (ومصحف) لانه ليس بمحرز للتمول وآخذه يتأول القراءة فيه (وصبي حر) لان الحر ليس بمال (ولو) كان المصحف والصبي (محليين) لان ما فيهما تابع لهما فلا يعتبر (وعبد كبير) لان اخذه غصب أو خداع لا سرقة (ودفاتر غير الحساب) لان المقصود ما فيها وهو ليس بمال ولانها ان كانت شرعية ككتب التفسير والحديث والفقه فهي كالمصحف وان كانت أشياء مكروهة فهي كالطنبور واما دفاتر الحساب فالمذكور في الكافي أن المراد دفاتر مضى حسابها لان ما فيها لا يقصد بالاخذ وانما المقصود الكواغد فيقطع ان بلغت نصابا وفي المحيط سرق دفاتر حساب انسان واستهلكها يضمن لمالكها قيمتها وهو ان ينظر بكم يشترى ذلك وهو نظير من حرق صك انسان ضمن قيمة الصك مكتوبا على قول أكثر المشايخ ولا ينظر الى المال (وكلب وفهد) لانهما يوجدان مباحي الاصل (وخيانة) كأن يخون المودع ما في يده من الشئ المأمون (وخلس) وهو ان يأخذ من اليد بسرعة جهرا (ونهب) وهو ان يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة أو قرية كذا في المستصفى (ونبش) لقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة أهل المدينة (ومال عامة) كمال بيت المال (ومال له فيه شركة ومثل حقه حالا أو مؤجلا) بان كان له على آخر دراهم حالة أو مؤجلة فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء ولان التأجيل لتأخير المطالبة (ولو) أخذ (بزائد) على حقه لانه بمقدار حقه يكون شريكا فيه وهو شائع وان سرق منه عروضا يقطع اذ ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي (وما قطع فيه ولم يتغير) يعني من سرق عينا فقطع فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع لما سيأتي حتى اذا تغير فسرقه اقطع ثانيا كغزل قطع فيه فنسج فسرقه (ولا) يقطع (بسرقة من ذي رحم محرم منه ولو) كان المسروق (مال غيره) يعني ان السرقة من ذي الرحم المحرم سواء كان المسروق مال ذي الرحم أو مال غيره لا يوجب القطع للشبهة في الحرز (بخلاف ماله) اي مال المحرم اذا سرق (من بيت غيره) حيث يقطع لتحقق الحرز (و) بخلاف (مال مرضعته مطلقا) اى سواء سرق من بيتها أو بيت غيرها حيث يقطع لتحقق الحرز (و) لا بسرقة (من زوج وعرس ولو) كان سرقة العرس (من حرز خاص له) أي للزوج فان بسوطة اليد لكل منهما في مال الآخر مانع من القطع (و) لا بسرقة (عبد من سيده أو عرسه) أي عرس سيده (أو زوج

(قوله وشطرنج) قال الكمال ولو كان من ذهب وهو بكسر الشين بوزن قرطعب (قوله ونرد) بفتح النون وهو الذي يسميه الفرنج قاله العيني (قوله وباب مسجد) فيه استدراك بما قدمه من قوله وباب من خشب والتقييد بالمسجد اتفاقي لانه كذلك في الدور ولا قطع بمتاع المسجد كحصره وقناديله لعدم الحرز وكذا أستار الكعبة كما في الفتح (قوله ونبش) شامل لما لو كان القبر في بيت مغلق في الاصح وكذا لو سرق من ذلك البيت مالا غير الكفن أو من تابوت في القافلة وفيه الميت لا يقطع ولو اعتاد ذلك للامام قطعه سياسة لا حدا كما في التبيين والفتح (قوله ومثل حقه) قال الزيلعي ولو مثله حكما في الصحيح بان أخذ أحد النقدين ودينه النقد الثاني لان النقدين جنس واحد (قوله لانه بمقدار حقه يكون شريكا فيه) قاله الزيلعي وقال في البرهان لانه يصير بمعنى الشريك في المسروق بقدر حقه (قوله وان سرق منه عروضا يقطع) كذا لو سرق حليا من فضة ودينه دراهم الا أن يقول أخذته رهنا بديني فلا يقطع وعن أبي يوسف لا يقطع أي وان لم يدع الرهن لان له أن يأخذه عند بعض العلماء نقل عن ابن أبي ليلى قضاء لحقه أو رهنا به قلنا هذا لا يستند الى دليل ظاهر فلا يصير شبهة دارئة الا ان ادعى ذلك اه كذا في الفتح (قوله وما قطع فيه ولم يتغير) كذا لا يقطع لو كان ذهبا أو فضة وقطع به ورد فجعله المسروق منه آنية أو كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد فسرقه لا يقطع عند أبي حنيفة خلافا لهما كما في الفتح عن شرح الطحاوى (قوله ولا يقطع بسرقة من ذي رحم محرم) يعني والمحرمية لا برضاع كبنت العم اذا كانت أختا من الرضاعة قاله العيني (قوله ولا بسرقة من زوج وعرس) ولو في عدة البلغ وكذا لا قطع لو سرق من أجنبية ثم تزوجها سواء كان التزوج بعد القضاء بالقطع أو قبله في ظاهر الرواية كما في التبيين والفتح وكذا لو سرقت منه ثم تزوجته يكون على هذا كما في البحر (قوله ولو من حرز خاص له) يعني بان كان سكنته خارج مسكنهما صرح به في الهداية والبحر (قوله ولا بسرقة عبد) شامل للقن والمدبر والمكاتب وأم الولد كذا في البحر ولم يذكر معتق البعض ولعله كالمكاتب (قوله من سيده أو عرسه) كذا أقارب سيده قال في البحر والعبد في هذا ملحق بولاد حتى لا يقطع في سرقة لا يقطع فيها المولى كالسرقة من أقارب المولى وغيرهم لانه مأذون له بالدخول عادة في بيت هؤلاء لاقامة المصالح

سيدته) لوجود الاذن بالدخول عادة فى هذه الصور (و) لا بسرقة المولى (من مكاتبه) لان له فى اكسابه حقا (و) لا بسرقة الضيف (من مضيفه) لان البيت لم يبق حرزا فى حقه لكونه مأذونا فى دخوله (و) لا بسرقة (من مغنم) لان له فيه نصيبا (وحمام وبيت أذن له فى دخوله نهارا) لوجود الاذن عادة فى الاول وحقيقة فى الثانى فاختل الحرز وكذا حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال والاذن مختص بالنهار (أو سرق شيأ ولم يخرجه من الدار) لا يقطع فيه أيضا لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها (أو دخل بيتا وناول من هو خارج) حيث لا قطع عليهما لان الاول لم يخرج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثانى لم يهتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد (أو نقب بيتا فادخل يده وأخذ نصابا) حيث لا يقطع لما روى عن على كرم الله وجهه اللص اذا كان ظريفا لا يقطع وفسره بهذا (أو طر صرة خارجة من كم غيره) قال فى النهاية الصرة وعاء الدراهم والمراد بها ههنا نفس الكم وانما كان الحكم هكذا لان الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر ولم يوجد هتك الحرز وان كانت الصرة داخلة فطرها وأخذها قطع لان الرباط من داخل فبالطر تبقى الصرة داخل الكم فيوجد الاخذ من الداخل ولو كان مكان الطر حل الرباط ينعكس الحكم لانعكاس علته (أو سرق جملا من قطار أو حملا) حيث لم يقطع سواء كان معه سائق يسوقه أو قائد يقوده أو لا لان مقصود السائق والقائد السوق والقود وقطع المسافة لا الحفظ (وقطع) سارق الجمل والحمل (ان حفظ صاحبه أو نام عليه) فان النوم على الحمل أو بقربه منه حفظ له (أو شق الحمل وأخذ منه شيأ) يبلغ النصاب فان الجوالق حرز (أو أدخل يده فى صندوق غيره أو كمه أو جيبه) للاخذ وأخذ قدر النصاب (أو أخرج من مقصورة دار فيها مقاصير الى صحنها أو سرق صاحب مقصورة من) مقصورة (أخرى) يعنى دارا فيها حجرات يسكن فى كل منها من لا تعلق له بالحجرة التى يسكن فيها غيره لا دارا لواحد بيوتها مشغولة بمتاعه وخدامه وبينهم انبساط (أو ألقى شيأ من حرز فى الطريق ثم أخذه) لان الرمى حيلة تعتادها السراق لاغراض فاسدة فيه ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا فقطع واذا أخرج ولم يأخذ فهو مضيع لا سارق فلا يقطع (أو حمله على حمار فساقه فاخرجه) لان سيره مضاف اليه لسوقه فى المنية للامام ان يقتل السارق سياسة لسعيه فى الارض بالفساد

(قوله ولا من مكاتبه) يغنى عنه هذا مكاتب المكاتب (قوله ولا بسرقة الضيف الخ) أطلقه فشمل ما اذا سرق من البيت الذى اضافه فيه أو من غيره من تلك الدار التى اذن له فى دخولها وهو مقفل أو فى صندوق مقفل ذكره القدورى فى شرحه كذا فى الفتح (قوله ولا بسرقة من مغنم) مأثور عن على رضى الله عنه درأ وتعليلا كذا فى الفتح (قوله وحمام وبيت أذن له فى دخوله نهارا) المراد وقت أذن بالدخول فيه حتى لو اذن بالدخول ليلا لا يقطع وسواء كان عند ٨١ المتاع حافظ أم لم يكن لا يقطع فى الصحيح لان الحمام صالح لصيانة الاموال الا انه اختل الحرز بالاذن فى الدخول ولذا يقطع اذا سرق منه فى وقت لم يؤذن فيه بالدخول بخلاف المسجد اذا سرق منه ما عنده حافظ لانه ما وضع لاحراز الاموال فيقطع السارق كما فى الفتح (قوله لوجود الاذن عادة فى الاول) تعليل لعدم قطع السارق من حمام نهارا وقوله حقيقة فى الثانى تعليل لقوله وبيت أذن فى دخوله وهو ثابت فى صحيح النسخ ونص عليه فى الهداية (قوله أو سرق شيأ ولم يخرجه من الدار لا يقطع) قال الزيلعى هذا اذا كانت الدار صغيرة لا يستغنى أهل البيوت عن الانتفاع بصحنها وان كانت كبيرة فسرق منها وأخرجه الى صحنها يقطع وان لم يخرجه منها اه (قوله فلا بد من الاخراج منها) شرطه أى الاخراج ليتحقق هتك الحرز وهذا بخلاف المحرز بالحافظ فانه يقطع كما أخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فيتم فيجب موجبها كذا فى الفتح (قوله أو دخل بيتا وناول من هو خارج حيث لا قطع عليهما) شامل اخراج الداخل يده الى الخارج وادخال الخارج يده كما فى الفتح (قوله وفسره بهذا) أى فسره على رضى الله عنه بهذا كما فى التبيين (قوله أو طر صرة الخ) قال الكمال وعن أبى يوسف انه يقطع الطرار على كل حال وهو قول الائمة الثلاثة وبما ذكر من التفصيل فى الطر ظهر ان ما يطلق فى الاصول من ان الطرار يقطع انما يتأتى على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى (قوله لان مقصود السائق والقائد الخ) قاله فى الفتح ثم قال حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع (قوله للامام الخ) يجانسه ما قاله فى الفتح عن التجنيس بعلامة النوازل لص معروف بالسرقة وجده رجل يذهب فى حاجته غير مشغول بالسرقة ليس له ان يقتله وله أن يأخذه وللامام أن يحبسه حتى يتوب لان الحبس زجر للتوبة مشروع اه

﴿فصـل﴾ (تقطع يمين السارق) أما القطع فبالنص وأما اليمين فلقراءة ابن مسعود فاقطعوا أيمانهما والقراءة المشهورة يعمل بها عنـدنا (من زنده) لان النبي صلى الله عليه وسـلم أمر بقطع السارق من الزند ويحسم لقوله صـلى الله عليه وسلم فاقطعوا واحسموا (الا في برد شـديد) لانه ربما يفضى الى التلف والحـد زاجر لا متلف (ثم رجـله اليسرى ان عاد فان عاد لا) أى لا يقطـع (وحبس حتى يتوب) وعزر أيضا وقال الشافعي يقطع في الثالثة يده اليسرى وفي الرابعـة رجـله اليمنى لقوله صلى الله عليه وسلم من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ولنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم حين حجهم على رضى الله عنه بقوله انى لاستحى من الله تعالى ان لا ادع له يدا يبطش بها ورجـلا يمشى بها ولم يحتج احد منهم بالحديث فدل على عدمه وقال الامام الطحاوى تتبعنا هذه الآثار فلم نجد الشئ منها أصلا ولو صح حمل على السـياسة أو النسخ (فان كان) جواب هذا الشرط قوله الآتى لم يقطع أما عدم القطع فيما اذا كان (يده اليسرى أو ابهامها أو اصبعاها أو رجله اليمنى مقطوعة أو شلاء) فلان فيـه تفويت جنس المنفعة وهو البطش والمشى بخلاف ما اذا كانت اصبـع واحدة سوى الابهام مقطوعة أو شـلاء لان فوتها لا يمنع القطع في ظاهـر الرواية وأما عـدمه فيما ذكر بقوله (أورده الى مالكه قبل الخصومة) فلان الدعوى حينئذ لا تمكن فلا تظهر السرقة وأما فيما ذكر بقوله (أو ملكه بهبة) مع القبض (أو بيـع أو نقصت قيمته من النصاب قبل القطع) هـذا قيـد للملك والنقصان معا فلان قيام الخصومة عند الاستيفاء شرط القطع وقد انتفى في الاول وقيام كمال النصاب عند الامضاء شرط القطع أيضا وقد انتفى في الثانى وأما فيما ذكره بقوله (أو سرق) وشهد عليه شاهـدان (فادعى) كون المسروق (ملكه) وان لم يبرهن فلان الشـبهة دارئة للحـد وتثبت بمجـرد الدعوى للاحتمال وأما فيما ذكره بقوله (أو اقرا) أى السارقان بالسرقة (وادعاه) أى الملك (أحـدهما) وان لم يبرهن حيث لا يقطعان فلان الرجـوع عامل في حق الراجـع ومورث للشبهة في حق الآخر لان الشبهة تثبت باقرارهما على الشركة قال في الوقاية أو سرق فادعى ملكه أو احـد السارقين أقول فيه بحث لان المفهوم من العبارة غير مطلوب والمطلوب غير مفهوم منها أما الاول فلان قوله أحـد السارقين عطف على ضمير فادعى فالمعنى أو سرق سارقان فادعى أحدهما وهو ليس بمطلوب وأما الثانى فلان المطلوب أن يقر السارقان وادعى الملك أحدهما كما هو المذكور في الهداية والكافي وغـيرهما وهو ليس بلازم اذ لا اشـعار في العبارة بالاقرار وأما

﴿فصـل﴾ (قوله تقطع يمين السارق) يعنى بحضرة المسروق منه وأما حضور الشاهدين فقدمناه عن الحاكم ما نصه واذا كان أى المسروق منه حاضرا والشاهدان غائبان لم يقطـع أيضا حتى يحضرا وقال أبو حنيفة بعد ذلك يقطع وهو قول صاحبيه وكذلك الموت وهذا في كل حـد وحق سوى الرجم وبعض القصاص وان لم يحضر واستحسانا لانه من حقوق الناس اه وانما ذكرته لانى رأيت بخط بعض المشايخ معزوا للحاكم ما لا يفيد هذا ٨٢ (قوله ويحسم) الحسم الكى لينقطـع الدم وفي المغرب والمغنى لابن قدامة هو ان تغمس في الدهن الذى أغلى اه وثمن الزيت وكلفة الحسم على السارق عندنا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم فاقطعوا واحسموا) يقتضى وجوب الحسم ولانه علل بانه لو لم يحسم يؤدى الى التلف وقال الكمال قول المصـنف أى في الهـداية لانه لو لم يحسم لادى الى التلف يقتضى وجوبه والمنقـول عـن الشافعي واحمد انه مستحب فان لم يفعل لا يأثم ويسن تعليق يده في عنقه اى عند الشافعي لانه صلى الله عليه وسـلم امر به رواه ابو داود وابن ماجـه وعنـدنا ذلك مطلق للامام ان رآه وان لم يثبت عنه صلى الله عليه وسلم في كل من قطعه ليكون سنة اه (قوله جواب هذا الشرط قوله الآتى لم يقطـع) لم ار جواب الشرط فيما رأيته من النسخ فالحوالة غير رائجة ثم رايته في نسخة اه (قوله اواصبعاها) يعنى غير الابهام (قـوله أورده الى مالكه قبـل الخصومة) اشار به الى أنه لو رده بعـد القضاء بالقطع يقطع وكذا بعد الشهادة قبـل القضاء استحسانا ورده الى ولد المسروق منه أو ذوى رحمه وكانوا في عياله كرده الى المسروق منـه وكذا رده على امراته او اجير مسانهة أو مشاهرة او عبده او مكاتبـه ولو رده الى احـد من اصوله وليس في عياله لا يقطـع كما في التبيـين (قوله أو ملكه بهبة مع القبض) هكذا وقع التقييد بالقبض في الهداية ولقائل أن يقول لا يشترط القبض لان الهبة تقطع الخصومة لانه ما كان يهب ليخاصم فليتأمل (قوله أقول فيه فيما بحث الخ) لا يخفى في عدم استقامته لانه لا يختص الحكم بأن يقرا بالسرقة ثم يدعى الملك احـدهما بل حكم ثبوتها بالبينة ثم ادعاء الملك كذلك في الحكم فعبارة الوقاية اشمل

فيما ذكر بقوله (أو لم يطالب المالك وإن أقر السارق) فلأن الدعوى شرط فلا بد من المطالبة (سرقا وغاب أحدهما وبرهن على سرقتهما قطع الحاضر) لأن السرقة إذا لم تثبت على الغائب كان أجنبيا وبدعوى الأجنبي لا تثبت الشبهة ولأن احتمال دعوى من الغائب الشبهة شبهة الشبهة فلا تعتبر (وقطع) السارق (بخصومة ذي يد حافظة كأب ووصي ومودع وغاصب وصاحب ربا ومستعير ومستأجر ومضارب وقابض على سوم الشراء ومرتهن ومستبضع (وبخصومة المالك) أيضا (من سرق منهم) مفعول خصومة أما خصومة ذي يد حافظة فلأن السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت بنفسها عند القاضي بحجة شرعية بناء على خصومة معتبرة فيستوفى القطع ولهم يد صحيحة وهي مقصودة كالملك فإذا أزيلت كان لهم أن يخاصموا عن أنفسهم لاستردادها أصالة لا نيابة لأنه إن كان أمينا لا يتمكن من أداء الأمانة إلا به وإن كان ضمينا لا يتمكن من إسقاط الضمان عن نفسه إلا به بأن يقول سرق مني فإن كان أصلا في الخصومة وجب الاستيفاء عند الثبوت بلا حضرة المالك لأن القطع حق الله تعالى بخلاف القصاص وأما خصومة المالك من سرق منهم فلأن له حقيقة الملك وهي أقوى من اليد الحافظة فإذا جازت بالثانية فلأن تجوز بالأولى أولى (لا) أي لا يقطع من سرق (من سارق قطع) يعني إذا سرق رجل شيئا فقطع به وبقي المسروق في يده وسرقه من السارق آخر لا يقطع الثاني لأن السرقة إنما توجب القطع إذا كانت من يد المالك أو الأمين أو الضمين للمال ولم يوجد شيء منها هاهنا إذ السارق الأول ليس بمالك ولا أمين ولا ضمين حتى لو أتلفه لا يضمن كما سيأتي بخلاف ما إذا سرق قبل القطع حيث يكون له ولرب المال القطع لأنه في معنى الغاصب (وقطع عبد أقر بسرقة) لأن إقراره صحيح من حيث إنه آدمي لأن الجزاء إنما يجب عليه بسبب الجناية والجناية إنما تتحقق بواسطة التكليف والتكليف إنما يتحقق من حيث إنه آدمي لا من حيث إنه مال ثم يتعدى إلى المالية فيصح من حيث إنه مال آدمي إذ لا تهمة فيه ألا يرى أن قوله مقبول في هلال رمضان لعدمها (وما قطع به مطلقا) أي سواء كان المقطوع حرا أو عبدا (إن بقي رد إلى صاحبه) لبقائه على ملكه (وإلا لا يضمن وإن أتلف) لقوله صلى الله عليه وسلم لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه قوله وإن أتلف إشارة إلى رد ما روى الحسن عن أبي حنيفة أن الضمان يجب بالاستهلاك (ولا من سرق) عطف على ضمير لا يضمن وجاز للفصل (مرات فقطع ولو) كان القطع (ببعضها) أي

(قوله أو لم يطالب المالك) أي لم يقطع فهذا محل جواب الشرط كذا في الكنز وشرحه للزيلعي ثم قال وفي البدائع إذا أقر أنه سرق من فلان الغائب قطع استحسانا ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه وقيل عندهما ينتظر وعند أبي يوسف لا ينتظر اهـ وقال صاحب البحر ليست هذه عبارة البدائع فإن عبارته قال أبو حنيفة ومحمد الدعوى في الإقرار شرط حتى لو أقر السارق أنه سرق مال فلان الغائب لم يقطع ما لم يحضر ويخاصم عندهما وقال أبو يوسف الدعوى ٨٣ في الإقرار ليست بشرط الخ اهـ (قوله سرقا وغاب أحدهما الخ) قول أبي حنيفة الآخر ثم لو حضر الغائب لا يقطع الآن تعاد تلك البينة عليه أو تثبت ببينة أخرى وكذا لو أقر الحاضر بسرقة مع الغائب يقطع في قوله الآخر كما في الفتح (قوله وبخصومة المالك أيضا) شامل لما لو كان المسروق منه حاضرا أو غائبا وعن محمد لا يقطع بخصومة المالك حال غيبة المسروق منه والظاهر الأول الآن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده إذ لو كان مستهلكا لا يقطع إلا بحضرة المرتهن كذا في الفتح وقال في غاية البيان وينبغي أن يكون للراهن ولاية القطع إذا كانت قيمة الرهن أزيد من الدين بقدر النصاب اهـ وكذا قال الزيلعي قال الراجي عفو ربه ينبغي الخ (قوله لا يقطع من سرق من سارق) يعني لا يكون له ولا لرب السرقة القطع وللأول ولاية خصومة الاسترداد في رواية وليس له ذلك في أخرى اهـ والوجه أنه إذا ظهر هذا الحال عند القاضي لا يرده إلى الأول ولا إلى الثاني إذا رد لظهور خيانة كل منهما بل يرده من يد الثاني إلى المالك إن كان حاضرا وإلا حفظه كأموال الغائب كذا في الفتح (قوله وقطع عبد أقر بسرقة) يعني إذا كان كبيرا وقت الإقرار فإن كان صغيرا فلا قطع عليه أصلا لكنه إن كان مأذونا يرد المال إلى المالك إن كان قائما ويضمنه إن كان هالكا وإن كان محجورا فإن صدقه المولى يرد إلى المسروق منه إن كان قائما وإن كان هالكا فلا ضمان عليه ولا بعد العتق كذا ذكره ابن الضياء عن الإسبيجابي (قوله إن بقي رد إلى صاحبه) أي سواء بقي بيد السارق أو غيره كما إذا باعه أو وهبه فإنه يؤخذ من المشتري والموهوب له وهذا كله بعد القطع ولو قال المالك قبله أنا أضمنه لم يقطع عندنا فإنه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة إلى دعوى المال كما في الفتح

بعض السرقات (شيأ) مفعول لا يضمن (منها) أي من تلك السرقات يعني ان من سرق سرقات فحضر واحد من أربابها وادعى حقه فأثبت فقطع فيها فهو لجميعها ولا يضمن شيأ عند أبي حنيفة وان حضروا جميعا فقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيأ بالوفاق (ولا) أي لا يضمن أيضا (قاطع يسار من أمر بقطع يمينه بسرقة) لانه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه فان قيل اليمنى لم تحصل بقطع اليسرى بل كانت حاصلة قبله قلنا اليمنى كانت مستحقة الاتلاف فبقطع اليسرى سلمت فصارت كالحاصلة له به (قال أنا سارق هذا الثوب بالاضافة قطع) لكونه اقرارا بالسرقة (ولو) قال أنا سارق هذا الثوب (بدونها) أي بدون الاضافة بل بتنوين سارق (لا) أي لا يقطع لكونه عدة لا اقرارا (وقطع من شق ما سرق في الدار فأخرجه فهو) بعد الشق (يساوي العشرة) أي عشرة دراهم مضروبة قيد بقيدين ان يكون الشق في الدار وان يساوي المسروق عشرة دراهم بعد الشق في الدار لانه اذا أخرجه غير مشقوق وهو يساوي عشرة دراهم ثم شقه وانتقص قيمته بالشق من العشرة فانه يقطع قولا واحدا واذا شق في الدار وانتقص قيمته ثم أخرجه لم يقطع لان السرقة تمت على النصاب الكامل في الاول لا الثاني فظهر ان القيد الثاني لا بد منه ولهذا ذكر في الهداية والكافي وغيرهما وقد ترك في الوقاية والكنز (لا) أي لا يقطع (من سرق شاة فذبح في الحرز فأخرج) لان السرقة تمت على اللحم وقد سبق ان سرقته لا توجب القطع (ومن جعل ما سرق) من الفضة والذهب قدر النصاب (دراهم ودنانير قطع) السارق (وردت) الدراهم والدنانير الى المسروق منه عند أبي حنيفة وقالا لا ترد بناء على انها صنعة متقومة عندهما خلافا له (وان حمره) أي الثوب الذي سرقه (فقطع فلا رد ولا ضمان عندهما) وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه لان عين ماله قائم من كل وجه وهو اصل والصبغ تبع فكان اعتبار الاصل أولى ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى وحق صاحب الثوب قائم صورة لا معنى لزوال التقوم بالقطع كما مر فكان حق السارق أحق بالترجيح (وان سود) السارق الثوب (رد) على المسروق منه عند أبي حنيفة لان السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك (سرق في ولاية سلطان ليس لسلطان آخر قطعه) اذ لا ولاية له على من ليس تحت يده

﴿باب قطع الطريق﴾

لما فرغ من بيان السرقة الصغرى شرع في بيان السرقة الكبرى فقال

(قوله ولا يضمن قاطع يسار من أمر بقطع يمينه) شامل غير الحداد وهو الصحيح وسواء قطع مخطئا في الاجتهاد او في معرفة اليمين من اليسار وهو الصحيح ولكنه يؤدب وقيد بالأمر بالقطع لانه لو قطعه أحد قبل الامر والقضاء كان عليه القصاص في العمد والدية في الخطا كما في النهر (قوله وقطع من شق ما سرق الخ) هذا عندهما وعن أبي يوسف انه لا يقطع وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس فيه اختيار تضمين كل القيمة اه كما في الهداية وفي الفتح قال في الفوائد الخبازية وفي الصحيح لا يضمن النقصان ائلا يجتمع القطع مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا الثوب مشتركا بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالاجماع فلا يضمن النقصان والحق ما ذكر في عامة الكتب الامهات انه يقطع ويضمن النقصان والنقص بالاستهلاك غير وارد ثم قال الكمال واعلم ان الخرق يكون يسيرا ويكون فاحشا وتارة يكون اتلافا واستهلاكا وفيه يجب ضمان كل القيمة بلا خيار لانه استهلاك وعلى هذا لا يقطع لانه ما تمت السرقة الا بما ملكه بالضمان وقد حده التمرتاشي بان ينقص اكثر من نصف القيمة واما الخرق الفاحش فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فاحش والا فيسير ولا بد ان يكون معنى فصاعدا ما لم ينته الى ما به يصير اتلافا والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما يفوت به شيء من المنفعة ذكره التمرتاشي اه (قوله وقالا لا يرد بناء على انها صنعة متقومة) يشير الى انه يقطع عندهما وهو احد قولين ذكرهما في الهداية بقوله ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيأ آخر فلم يملك عينه اه (قوله سرق في ولاية سلطان الخ) ذكره في الفيض وفي مختصر الظهيرية معزوا الى الامام الاجل الشهيد اه

(من ﴿باب قطع الطريق﴾)

انما اخر هذه عن الصغرى لانها اكثر وجودا وسميت هذه سرقة ايضا لمسارقة عين الامام او من يقوم مقامه وسميت كبرى لان ضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق ولهذا غلظ الحد فيها بخلاف الصغرى

(قوله من قصده معصوما) شامل للعبد والمرأة وهو ظاهر الرواية واختاره الطحاوي لان الواجب قتل وقطع وهي كالرجل في جريان
كل عليها عند تحقق سببه منها كما في الفتح (قوله حتى لو قطعه على مستأمن ٨٠ لا يجب الحد) اي ويضمن المال لثبوت عصمة

(من قصده) أي قطع الطريق سواء كان جماعة ممتنعين عن طاعة الامام فقصده او
واحدا يقدر على الامتناع فقصده وهو مبتدأ خبره قوله الآتي حبس (معصوما)
أي حال كون القاصد معصوم الدم بان كان مسلما أو ذميا فانه ان كان مستأمنا ففي
اقامة الحد عليه خلاف (على معصوم) متعلق بالضمير البارز في قصده اي قصد
القطع على مسلم أو ذمي حتى لو قطعه على مستأمن لا يجب عليه الحد (فأخذ) اي
أمسك (قبل أخذ شئ) من المارة (و) قبل (قتل) واحد منهم او اكثر (حبس)
بعد التعزير لمباشرته منكرا (حتى يتوب) لا بمجرد القول بل بان يظهر فيه سيما
الصلحاء (وان أخذ) اي القاصد (مالا) ونصيب كل منه نصاب (قطع يده ورجله
من خلاف) ان كان صحيح الاطراف كذا في تحفة الفقهاء (وان قتل بلا أخذ قتل
حدا) لا قصاصا (فلا يعفوه عنه ولي) تفريع على كونه حدا ولو كان قصاصا لعفا ولي
القصاص (وان قتل وأخذ قطع ثم قتل أو صلب) عطف على قتل (أو قتل) عطف
على قطع أي قتل ابتداء بلا قطع ٢ ثم قتل أو صلب (أو صلب حيا ويبعج) اي يشق
بطنه برمح (حتى يموت) والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله
ورسوله الآية اي يحاربون أولياء الله على حذف المضاف لان أحدا لا يحارب الله
تعالى ولان المسافر في البراري والفيافي في أمان الله تعالى وحفظه فالمتعرض له
كأنه يحارب الله تعالى والمراد به التوزيع على الاحوال كأنه قال ان يقتلوا ان
قتلوا الخ لا التخيير كما قال مالك تشبثا بظاهره اذ ثبت ذلك بقوله عليه الصلاة
والسلام من أخذ المال قطع ومن قتل قتل ومن أخذ المال وقتل صلب وقد روى
ان جبريل عليه السلام نزل بهذا التقسيم في أصحاب أبي بردة (ويترك) مصلوبا
ثلاثة أيام ليعتبر به غيره لا أكثر منها لانه يتغير بعدها فيتأذى الناس به (وما أخذ
وتلف) أو أتلف (لا يضمن) يعني اذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال أخذه اعتبارا
بالسرقة الصغرى وقد مر (وبقتل أحدهم حدوا) لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق
بان يكون البعض ردأ للبعض حتى اذا زلت أقدامهم انحازوا اليهم والشرط هو
القتل من واحد منهم وقد وجد (وبحجر وعصا لهم كالسيف) لان قطع الطريق
يحصل بالقتل بأي آلة كانت بل بمجرد أخذ المال أو الاخافة (وان جرح وأخذ
المال قطع) أي قطع يده ورجله من خلاف (وهدر جرحه) لان الحد لما وجب
حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال لان القطع
مع الضمان لا يجتمعان (وان جرح فقط) أي لم يقتل ولم يأخذ مالا جواب هذا
الشرط قوله الآتي فلا حد (أو قتل عمدا) بحديدة (وأخذ المال فتاب) قبل أن
يمسك (أو كان فيهم غير مكلف) أي صبي أو مجنون (أو ذو رحم محرم من المارة أو
قطع بعض المارة على البعض أو قطع الطريق ليلا أو نهارا بمصر أو بين مصرين
متقاربين فلا حد) أما سقوطه اذا جرح فقط فلان هذه الجناية ليس فيها حد فلا

ماله حالا وان لم يكن على التأبيد ومحل
عدم الحد بالقطع على المستأمن فيما
اذا كان منفردا اما اذا كان مع القافلة
فانه يجب الحد على القطاع ولا يصير
شبهة بخلاف اختلاط ذي الرحم بالقافلة
كما في الفتح (قوله ونصيب كل منه
نصاب) اي قدر عشرة دراهم مضروبة
كما في السرقة الصغرى (قوله وان قتل
واخذ قطع ثم قتل اوصلب الخ) المراد
الجمع بين جميع هذه الثلاثة وعطفه القتل
بثم ظاهر في افادة تقديم القطع على القتل
وفي الفتح والبرهان عطفه بالواو (قوله
اوصلب حيا) كيفية الصلب ان تغرز
خشبة في الارض ثم يربط عليها خشبة
أخرى عرضا فيضع قدميه عليها ويربط
من أعلاها خشبة أخرى ويربط عليها يديه
كذا في الجوهرة (قوله ويبعج) قال في
الجوهرة ثم يطعن بالرمح في ثديه الايسر
ويخضخض بطنه برمح الى أن يموت
(قوله أي يحاربون أولياء الله) قال
الكمال اي يحاربون عباد الله وهو احسن
من تقدير أولياء الله لان هذا الحكم
يثبت بالقطع على الكافر الذمي ثم
قوله تعالى يحاربون الله ورسوله محاربته
لرسول الله صلى الله عليه وسلم اما باعتبار
عصيان أمره واما باعتبار أن الرسول
صلى الله عليه وسلم هو الحافظ لطريق
المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوابه واذا
قطع الطريق التي تولى حفظها بنفسه
ونائبه فقد حاربه (قوله لا أكثر منها)
قال الزيلعي وعن أبي يوسف انه يترك على
خشبته حتى يتقطع ويسقط لانه أبلغ في
الارداع (قوله فلا ضمان عليه في مال
أخذه) كذا لا يضمن ما قتل وما جرح
كما في التبيين (قوله وبقتل احدهم حدوا) لو قال وبمباشرة احدهم حد والكان أولى لشموله غير القتل (قوله أو كان فيهم غير مكلف)
كذا لو كان أخرس كما في النهر (قوله أو مصرين) أي بين مصرين (قوله أو قطع بعض المارة الخ) لو قال بعض القافلة لكان صوابا

يسقط حق العبد اذ سقوطه في ضمن استيفاء الحد ولم يوجد فيبقى حقه (فللولي القصاص) ان كانت الجراحة مما فيه القصاص (أو الارش) ان كانت مما فيه الارش (في الاولى) من الصور المذكورة وهي ما اذا جرح فقط وأما سقوطه اذا أخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا وأخذ المال فلقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاذا سقط ظهر حق العبد فيه (و) يكون (له) أي للولي (القود) أي قتل القاطع (أو العفو في غيرها) من الصور المذكورة وأما اذا كان فيهم غير مكلف أو ذو رحم محرم فلانه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء ان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا وأما اذا قطع بعض المارة على البعض فلان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة وأما اذا قطع ليلا أو نهارا بمصر أو بين مصرين متقاربين فلان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للمال الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر الى الاولياء وعن أبي يوسف أنهم لو كانوا في المصر ليلا أو فيما بينهم وبين المصر أقل من مسيرة سفر تجري عليهم أحكام قطاع الطريق قال في الاختيار وعليه الفتوى لمصلحة الناس وهي دفع شر المتغلبة المتلصصة (وفي الخنق) بكسر النون مصدر خنق يعني اذا خنق رجلا حتى قتله فعليه (دية) وسيأتي وجهه في الجنايات ان شاء الله تعالى (ومن اعتاده في المصر قتل به) لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل (مع القطاع امرأة فقتلت وأخذت المال دون الرجال لم تقتل) المرأة (وقتل الرجال عشر نسوة قطعن الطريق وأخذن المال وقتلن قتلن وضمن المال) كذا في المنية

﴿ كتاب الاشربة ﴾

لا يخفى وجه مناسبة هذا الكتاب لكتاب الحدود والقوم أخروه الى آخر الكتاب وهي جمع شراب (والشراب) لغة كل ما يشرب مسكرا كان أو لا وشرعا (مائع مسكر) اعلم أن جميع ما يستخرج منه الاشربة أربعة العنب والتمر والزبيب والحبوب كالحنطة والشعير والذرة ثم للماء المستخرج منها حالتان نيء ومطبوخ والمطبوخ قد يطبخ حتى يبقى ثلثه وقد يطبخ حتى يبقى ثلثاه وقد يطبخ حتى يبقى نصفه والحرام من الاشربة أيضا أربعة والحلال أيضا أربعة أما الحرام فبين الاول منه بقوله (حرمت الخمر وان قلت وهي التي من ماء العنب اذا غلى واشتد وقذف بالزبد) خص هذا الاسم بهذا الشراب باجماع أهل اللغة وقيل كل مسكر خمر لانها انما سميت خمرا لمخامرتها العقل وسائر المسكرات كذلك قلنا لا نسلم ذلك بل انما سميت به لاختمارها قال ابن الاعرابي سميت الخمر خمرا لانها تركت فاختمرت واختمارها تغير ريحها كذا في الصحاح ولو سلم فلا نسلم ان رعاية المعنى بسبب الاطلاق بل بسبب الوضع وترجيح الاسم على الغير فان القارورة سميت بها لقرار الماء فيها ولا تطلق على الدن والكوز وقد تقرر في موضعه ان القياس لا يجري في اللغة ثم القذف بالزبد شرط

(قوله ويكون له القود أو العفو في غيرهما) القيد غير احترازي لان له العفو في الاولى أيضا كما في النهر (قوله مع القطاع امرأة الخ) هذا غير ظاهر الرواية كما قدمناه وهو رواية هشام في نوادره عن أبي يوسف وقال محمد قام الحد عليهم أي المرأة ولا يقام عليهم وذكر ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة انه يدرأ عنهم جميعا لكون المرأة فيهم وجعل المرأة كالصبي اه قال الكمال ثم يجب ممن يذكره مع نص المبسوط منسوبا الى ظاهر الرواية ان المرأة كالرجال مع مساعدة الوجه له (قوله عشر نسوة الخ) وكذلك مبني على غير ظاهر الرواية كما في الفتح والعجب من المصنف رحمه الله ذكره هذا مع اشارة الكنز الى خلافه بقوله أو كان بعض القطاع غير مكلف اه

﴿ كتاب الاشربة ﴾

(قوله اعلم أن جميع ما يستخرج منه الاشربة الخ) الحصر غير مسلم لان الفواكه نحو الفرصاد والاجاص والشهد والالبان من الاعيان التي تتخذ منها الاشربة كما ذكره قاضيخان على أن المصنف ذكر ما يتخذ من الالبان فيما يأتي (قوله وهي النيء) بكسر النون وتشديد الياء قاله العيني (قوله بل انما سميت به لاختمارها) قال العيني وأما غيرها فكل واحد له اسم مثل المثلث والباذق واطلاق الخمر عليهما مجاز ﴿ تنبيه ﴾ لم يتعرض المصنف لنوع يسمى العرقي يستخرج بالاستقطار من فضلات الخمر ونجاسته معلومة غليظة كاصله لكن ليس كحرمة الخمر بالنظر لعدم اكفار مستحله وعدم الحد بدون سكر لانه ليس خمرا فلا يلحق بها من كل وجه فليتأمل في حكم العرقي ثم رأيت مثل هذا في شرح النقاية للقهستاني فليراجع (قوله ثم القذف بالزبد شرط عنده وعندهما اذا اشتد صار مسكرا قذف بالزبد أو لا) لعل صوابه صار خمرا كما هي عبارة المنح وقولهما هو الاظهر كما في المواهب وقال قاضيخان وعن الشيخ الامام أبي حفص الكبير البخاري رحمه الله انه أخذ بقولهما

عنده وعندهما اذا اشتد صار مسكرا قذف بالزبد اولا وبين الثانى بقوله (كذا الطلاء وهو ماء عنب طبخ فذهب أقل من ثلثيه) كذا فى الهداية والكافى وقال فى المحيط الطلاء اسم للثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه وصار مسكرا قال الزيلعى وهو الصواب لما روى ان كبار الصحابة رضى الله تعالى عنهم كانوا يشربون من الطلاء وهو ما ذهب ثلثاه وبقى ثلثه (وغلظا) أى الخمر وما ذهب أقل من ثلثيه (نجاسة) أما الخمر فلثبوتها بالدلائل القطعية حيث سماها الله رجسا وهو اسم للحرام النجس العين كذا فى الكافى ووردت الاحاديث المتواترة المعنى فيه وأما ما ذهب أقل من ثلثيه فلانه حينئذ يكون فى حكم الخمر وبين الثالث بقوله (و) حرم (السكر وهو النىء من (ماء الرطب) كذا فى الهداية والكافى وبين الرابع بقوله (ونقيع الزبيب نيئا اذا غلت) أى الطلاء والسكر والنقيع (واشتدت وقذفت بالزبد) فان هذه الاشربة انما تحرم عند أبى حنيفة اذا حصلت لها هذه الصفات الثلاث وعندهما يكفى الاشتداد كما فى الخمر (وحرمة الخمر أقوى) من حرمة الثلاثة الباقية لثبوتها بدلائل لا شبهة فيها اصلا كما مر (فيكفر مستحلها ولم يجز بيعها ولم يضمن متلفها) الا ان تكون لذمى (ويحد شاربها ولو قطرة وشارب غيرها ان سكر) وأما الحلال فبين الاول بقوله (وحل المثلث العنبى) وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه (وان غلى واشتد وسكن) من الغليان هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد ومالك والشافعى قليله وكثيره حرام سئل أبو حفص الكبير عنه فقال لا يحل شربه فقيل خالفت أبا حنيفة وأبا يوسف فقال لا لانهما يحلان لاستمراء الطعام والناس فى زماننا يشربون للفجور والتلهى فعلم ان الخلاف فيما اذا قصد به التقوى فاما اذا قصد به التلهى فلا يحل اتفاقا والذى يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء عليه لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب وبين الثانى بقوله (وحل نبيذ التمر والزبيب مطبوخا أدنى طبخة وان غلى واشتد وسكن) من الغليان عندهما وعند محمد والشافعى حرام والكلام فيه كالكلام فى المثلث المذكور وبين الثالث بقوله (و) حل (الخليطان) وهو ان يجمع بين ماء التمر والزبيب مطبوخا أدنى طبخة ويترك الى ان يغلى ويشتد فانه أيضا يحل اذا شرب ما لم يسكر بلا لهو وطرب وبين الرابع بقوله (و) حل (نبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة وان لم يطبخ) وهل يحد فى هذه الاشربة اذا اسكر منها قيل لا يحد قالوا الاصح انه يحد بلا تفصيل بين المطبوخ والنىء لان الفساق يجتمعون عليها فى زماننا كاجتماعهم على سائر الاشربة المحرمة بل فوق ذلك وكذا المتخذ من الالبان اذا اشتد (اذا شربت) قيد لقوله حل أى حل هذه الاشربة الاربعة اذا شربت (ما لم تسكر) واذا اسكر واحد منها كان القدح الاخير حراما لانه المفسد (بلا لهو وطرب) متعلق بقوله شربت وهذا القيد غير مختص بهذه الاشربة بل اذا شرب الماء وغيره من المباحات بلهو وطرب على هيئة الفسقة حرم اعلم ان السكر

(قوله كذا الطلاء) كذا سماه بالطلاء فى الجامع الصغير ويسمى المنصف على ما فسره أبو الليث فى شرح الجامع الصغير ويسمى الباذق أيضا أو المنصف لذاهب النصف والباذق لذاهب ما دونه كما فى البرهان وانما سمى بالطلاء لقول عمر رضى الله عنه ما اشبه هذا بطلاء البعير وهو القطران الذى يطلى به البعير اذا كان به جرب ذكره العينى (قوله وفى المحيط الطلاء اسم للثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه وصار مسكرا قال الزيلعى وهو الصواب) لا وجه لتصويبه لا حكما ولا تسمية اما حكما فلان المحكوم بحرمته فى الهداية والكافى والكنز هو العصير الذى ذهب أقل من ثلثيه وهو غير ما فى المحيط فانه الذى ذهب ثلثاه ولا خلاف فى الطرفين وأما تسمية فلان الطلاء يطلق بالاشتراك على أشياء كثيرة منها العصير الذى ذهب أقل من ثلثيه والذى ذهب نصفه والذى ذهب ثلثاه والذى ذهب ثلثه ويسمى بالطلاء كل ما طبخ من عصير العنب مطلقا فلا اعتراض على الكنز ولا على الهداية والكافى لا حكما ولا تسمية (قوله وغلظا) أى الخمر وما ذهب أقل من ثلثيه نجاسة تغليظ الطلاء نجاسة على احدى الروايتين كما فى الخانية وشرح العينى (قوله فلانه حينئذ يكون فى حكم الخمر) يعنى حرمة ونجاسة غليظة لا فى الحكم بكفر مستحله ولا الحد بشرب ما دون المسكر منه ويضمن بالاتلاف ويصح بيعها عند الامام لقول المصنف فيما بعد وحرمة الخمر أقوى من حرمة الثلاثة الباقية (قوله وحرم السكر الخ) لم يبين حكم نجاسة السكر ونقيع الزبيب وهى خفيفة فى رواية غليظة فى أخرى كما قاله العينى (قوله مطبوخا أدنى طبخة) قال الزيلعى وهو ان يطبخ الى ان ينضج (قوله وعند محمد والشافعى حرام) قال فى البرهان والحق ما لمحمد كالهابا الخمر فى المتمم ورعه كالشافعى ومالك وبه يفتى وذكر ادلته من صحيح مسلم وابن حبان والكتب الستة وغيرها (قوله قيل لا يحد) قاله فى المبسوط كما فى البرهان

حالة تعرض للانسان من امتلاء دماغه من الابخرة المتصاعدة اليه فيتعطل معه عقله المميز بين الامور الحسنة والقبيحة وهو حرام بالاجماع لكن الطريق المفضي اليه قد يكون أيضا حراما كما في الاربعة السابقة وقد يكون مباحا كما في الاربعة اللاحقة وكسكر المضطر الى شرب الخمر والسكر الحاصل من الادوية والاغذية المتخذة من غير العنب فان قيل الحل والحرمة من صفات الافعال الاختيارية حتى ان الحرام يكون واجب الترك والسكر على ما ذكرا ليس بفعل فضلا عن كونه اختياريا قلنا معنى كونه حراما حرمة المباشرة الى تحصيله واكتساب اسباب حصوله كما قالوا في بيان وجوب الايمان وحرمة الكفر فانهما من الكيفيات النفسانية دون الافعال الاختيارية فتدبر (وخل الخمر) عطف على المثلث أي حل خل الخمر أي الخل الذي يتحول الخمر اليه (ولو) كان تحوله (بعلاج) كالقاء الملح والخبز مثلا اليها (ولا يكره تخليلها) وقال الشافعي يكره ولا يحل الخل الحاصل به ان كان بالقاء شئ فيه قولا واحدا وان كان بدونه فله في الحل قولان (والانتباذ) أي حل اتخاذ النبيذ (في الدبا) وهو القرع (والحنتم) وهو الجرة الخضراء (والمزفت) وهو الظرف المطلي بالزفت (والنقير) وهو ظرف يكون من الخشب المنقور فان هذه الظروف كانت مختصة بالخمر فلما حرمت حرم النبي صلى الله عليه وسلم استعمال هذه الظروف اما لان فيه تشبها بشرب الخمر واما لان فيها أثر الخمر فلما مضى مدة أباح النبي صلى الله عليه وسلم استعمالها وأيضا يبالغ في ابتداء تحريم شئ ويشدد ليتركه الناس مرة فاذا تركوه واستقر الامر يزول التشديد (وكره شرب دردي الخمر والامتشاط به) أراد بالكراهة الحرمة لان فيه أجزاء الخمر وعبر به لعدم القاطع فيه كما مر في أول كتاب الكراهية والاستحسان (ولا يحد شاربه بلا سكر) لان وجوب الحد في قليل الخمر لكونه داعيا الى الكثير والدردي ليس كذلك فاعتبر حقيقة المسكر

﴿ كتاب الجنايات ﴾

لا يخفى وجه مناسبة هذا الكتاب لكتاب الحدود والاشربة الجناية اسم لفعل محرم شرعا سواء تعلق بمال أو نفس وفي اصطلاح الفقهاء خصت بما تعلق بالنفوس والاطراف وخص الغصب والسرقة بما تعلق بالاموال (القتل) وهو فعل مؤثر في ازهاق الروح وهو على ما ذكر في المبسوط ثلاثة أقسام عمد وخطأ وشبه عمد وكان أبو بكر الرازي يقول هو خمسة أقسام عمد وشبه عمد وخطأ وجار مجرى الخطأ وقتل بسبب واختاره المتأخرون والمراد به بيان أنواع قتل يتعلق به الاحكام الآتية والا فالقتل أنواع كثيرة كالرجم والقصاص وقتل الحربي والقتل صلبا في حق قطاع الطريق بين الاول بقوله (اما عمد وهو قتل آدمي قصدا) احترز به عن الخطأ ولا يخفى ما في قول الوقاية ضربه قصدا من التسامح (بنحو سلاح) أي بسلاح ونحوه (في تفريق الاجزاء) فان القصد فعل القلب لا يتوقف عليه فاقيم استعمال الآلة القاتلة غالبا مقامه تيسيرا كما اقيم السفر مقام المشقة (كليطة ونار وزجاج ومحدد من خشب أو حجر) فان الآلة القاتلة غالبا هي المحددة لانها هي المعدة للقتل

حتى

(قوله فانهما من الكيفيات النفسانية دون الافعال الاختيارية) أقول مجرد الامر النفساني لا يكون ايمانا ولا كفرا اذ الايمان لابد من الجزم به اعتقادا مع القول وهو النطق بالشهادتين أريد ونه والكفر يوجد بارادته لتبدل الاعتقاد لا بمجرد علمه ولا وجه لنفيه كون الاسلام والكفر من الافعال الاختيارية لحصولهما بها وقد ناقض نفسه بما قدمه في كتاب الاستحسان مخالفا لهذا وبسطناه برسالة سميتها مراقي الفلاح في تحرير مسألة حقيقة الايمان وضده واطلا (قوله ولا يكره تخليلها) أي فيكون مباحا وقد يقال انه يكون واجبا لحفظ المال عن الضياع مع القدرة عليه فان الخمر مال في الجملة حتى صح توكيل مسلم ذميا ببيعها وان لم تكن مضمونة بالاتلاف له كما لا الميتة (قوله والانتباذ) قال الزيلعي وان انتبذ فيها قبل استعمالها في الخمر لا اشكال في حله وطهارته وان استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر فان كان الوعاء عتيقا يطهر بغسله ثلاثا وان كان جديدا لا يطهر عند محمد بخلاف العتيق وعند أبي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف كل مرة وهي من مسائل غسل ما لا ينعصر وقيل عند أبي يوسف يملأ مرة بعد أخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير لونا أو طعما أو ريحا حكم بطهارته اه (فرع مهم من التبيين) ذكر في النهاية ان الاستشفاء بالحرام جائز اذا علم ان فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره وعزاه الى الذخيرة

﴿ كتاب الجنايات ﴾

(قوله وفي اصطلاح الفقهاء خصت) يعني في هذا الباب والا فجنايات الحج لم تتعلق بنفس الآدمي ولا طرفه مع اطلاق الفقهاء عليها الجناية (قوله ومحدد من خشب ومحدد بحجر) لم أر فيه خلافا والخلاف في المثقل من الحديد ونحوه كالنحاس

حتى لو ضربه بحجر كبير أو خشب كبير أو بصفحة حديد أو نحاس لا يجب القصاص عند أبي حنيفة وسيأتي في شبه العمد وفي الخانية ان الجرح لا يشترط في الحديد وما يشبهه كالنحاس وغيره في ظاهر الرواية (وشرطه) أي شرط القتل العمد (كون القاتل مكلفا) أي عاقلا بالغا لما مر في أول الحدود ان غير المكلف ليس أهلا للعقوبات وقال في الخلاصة ليس للصبي والمجنون عمد وهو خطأ منهما (و) كون (المقتول معصوم الدم) بان يكون مسلما أو ذميا (أبدا) احترازا عن المستأمن فان عصمة دمه مؤقت الى رجوعه (بالنظر الى القاتل) احترازا عما اذا قتل زيد بكرا عمدا حتى وجب عليه القصاص ثم قتل بشر زيدا فان زيدا لم يكن معصوم الدم بالنظر الى أولياء بكر لكنه كان معصوم الدم بالنظر الى بشر أبدا ولذا وجب على بشر القصاص ان كان قتل زيدا عمدا والدية ان كان خطأ كما سيأتي (وان لا يكون بينهما) أي بين القاتل والمقتول (شبهة ولاد و) شبهة (ملك) لما سيأتي ان القتل حينئذ لا يكون عمدا حتى يترتب عليه القصاص (وحكمه الاثم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وقد ورد فيه أحاديث كثيرة وانعقد عليه الاجماع (والقود عينا) وقال الشافعي هو غير متعين بل الولي مخير بينه وبين أخذ الدية ولنا قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى والمراد به العمد لانه أوجب في الخطأ الدية لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية ولانه قال النبي صلى الله تعالى عليه وسلم العمد قود أي موجبه القود فان نفس العمد لا يكون قودا أقول في كل من الدليلين اشكال اما في الاول فهو أن من القواعد المقررة في الاصول ان التخصيص بالذكر لا يدل على الحصر فتخصيص الخطأ بالذكر لا يدل على قصر الدية على الخطأ بل يجوز ان تكون الدية مشتركة بين العمد والخطأ كما ذهب اليه الشافعي وأما في الثاني فهو ان من القواعد المقررة في الاصول أيضا ان تقييد المطلق نسخ وهو لا يجوز بخبر الواحد والظاهر ان هذا الحديث كذلك ومن ادعى الشهرة فعليه البيان وان تخصيص عام الكتاب بخبر الواحد قبل ان يخصص بكلام مستقل موصول لا يجوز ولفظ القتلى في الآية اما مطلق أو عام وعلى التقديرين لا يجوز العمل بخبر الواحد بل الوجه ان يقال ان الآيات يفسر بعضها بعضا فقوله تعالى ولكم في القصاص حياة يدل ان موجب العمد هو القصاص فقط لان معنى الآية على ما ذكر في التفاسير وكتب المعاني ان القاتل اذا لاحظ أنه ان قتل قتل ارتدع بالضرورة عن القتل فاذا لم يقتل لم يقتل فيبقيان على الحياة وظاهر ان هذا مختص بالعمد فان القاتل في الخطأ لا يقتل بل يتخلص بالدية وبه يظهر الرد على الشافعي فيما ذهب اليه فليتأمل فانه مما تفردت به والحمد لله ملهم الصواب واليه المرجع والمآب (الا ان يعفو وليه) بلا بدل (أو يصالح ببدل) لان الحق له (و) حكمه أيضا (حرمان الارث) لقوله صلى الله عليه وسلم لا ميراث لقاتل (ولا كفارة فيه) أي في العمد عندنا سواء كان عمدا يجب فيه القصاص أو لا كالاب اذا قتل ابنه عمدا ورجل قتل من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا عمدا كذا في النهاية وقال الشافعي تجب الكفارة لانها شرعت كاسمها ماحية للاثم والاثم في العمد

(قوله أو بصفحة حديد أو نحاس لا يجب القصاص عند أبي حنيفة) يعني في غير ظاهر الرواية لقوله بعده وفي الخانية ان الجرح لا يشترط في الحديد وما يشبهه كالنحاس وغيره في ظاهر الرواية اه ومقابل ظاهر الرواية رواية الطحاوي عن أبي حنيفة وقال في الخلاصة فعلى هذه الرواية أي رواية الطحاوي يعتبر الجرح سواء كان حديدا أو عودا أو حجرا بعد ان يكون آلة يقصد بها الجرح قال الصدر الشهيد في نسخته وهو الاصح ان المعتبر عند أبي حنيفة الجرح اه (قوله وسيأتي في شبه العمد) لم يستوف ثمة جميع ما ذكره هنا اذ لم يذكر فيه ضربه بصفحة حديد أو نحاس ولكنه ذكره في باب ما يوجب القود (قوله ومن ادعى الشهرة فعليه البيان) بيانه ما قال الغزي في شرحه قد صرح الاكمل في العناية بأن الحديث مشهور على انا لا نسلم ان العام لم يخص أولا بل خص منه ما لو قتل غير محقون الدم على التأبيد وخص منه قاتل من بينه وبينه شبهة ولاد أو شبهة ملك فما ذكره المصنف لم يقع موقع القبول اه (قوله أو يصالح) هو عفو أيضا الا انه ببدل كالخطأ يعني وشبه العمد

اكثر فكان أدعى الى ايجاب الكفارة ولنا أن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة
كما مر فى اليمين الغموس فلا تجب الا بسبب دائر بين الحظر والاباحة كالخطأ فانه
بالنظر الى أصل الفعل مباح و بالنظر الى المحل الذى أصابه حرام بسبب ترك التثبت
وذكر الثانى بقوله (وأما شبه العمد وهو وقتله قصدا بغير ما ذكر) فى العمد كالعصا
والسوط والحجر الصغير وأما الضرب بالحجر والخشب الكبيرين فمن شبه العمد أيضا عند
أبى حنيفة خلافا لغيره سمى به لان فى هذا الفعل معنى العمدية باعتبار قصد الفاعل
الى الضرب ومعنى الخطأ باعتبار عدم قصده الى القتل لان الآلة التى استعملها
ليست بآلة القتل والعاقل انما يقصد الى كل فعل بآلته فاستعماله غير آلة
القتل دليل على عدم قصده اليه فكان خطأ يشبه العمد (وحكمه الاثم) لقصده
ما هو محرم شرعا (والكفارة) لانه خطأ نظرا الى الآلة فدخل تحت قوله تعالى
ومن قتل مؤمنا خطأ الآية وبين الكفارة بقوله (تحرير رقبة مؤمنة ان قدر عليه
والا) أى وان لم يقدر (فصيام شهرين متتابعين) لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا
خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الآية والاطعام غير مشروع فيه لانه غير منصوص عليه
واثبات الابدال بالرأى لا يجوز ويجزيه رضيع أحد ابويه مسلم لانه مسلم لتبعيته
خير الابوين دينا والسلامة فى اطرافه ثابتة ظاهرا وغالبا ولا يجزيه ما فى البطن لانه
عضو من وجه فلم يدخل تحت اسم الرقبة (ودية مغلظة على العاقلة) وسيأتى بيانها
ان شاء الله تعالى (بلا قود) أى ليس فيه قود لشبهه بالخطأ كما عرفت (وهو) أى
شبه العمد (فيما دون النفس) من الاطراف (عمد) يعنى اذا جرح عضوا بآلة
جارحة وجب فيه القصاص ان كان مما يراعى فيه المماثلة كما سيأتى (فليس فيه)
أى فيما دون النفس (شبهه) أى شبه العمد كما لو كان فى النفس لان اتلاف النفس
يختلف باختلاف الآلة وما دون النفس ليس كذلك وذكر الثالث بقوله (واما
خطأ وهو اما فى القصد كرميه مسلما ولو عبدا ظنه صيدا أو حربيا) فانه لم يخطئ فى
الفعل حيث أصاب ما قصد رميه وانما اخطأ فى القصد أى فى الظن حيث ظن
الآدمى صيدا والمسلم حربيا وانما قال ولو عبدا لدفع توهم ان العبد مال وضمان
الاموال لا يكون على العاقلة فان المعتبر آدميته لا ماليته (أو) خطأ (فى الفعل كرميه
غرضا فأصاب آدميا) فانه أخطأ فى الفعل لا القصد فيكون معذورا لاختلاف
المحل بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فأصاب موضعا آخر منه فمات
حيث يجب القصاص اذ جميع البدن محل واحد فيما يرجع الى مقصوده فلا يعذر
وانما صار الخطأ نوعين لان الانسان يتصرف بفعل القلب والجوارح فيحتمل فى
كل منهما الخطأ على الانفراد كما ذكر أو الاجتماع بان يرمى آدميا يظنه صيدا
فأصاب غيره من الناس وذكر الرابع بقوله (واما جار مجرى الخطأ كنائم انقلب
على رجل أو سقط من السطح عليه فقتله) فان هذا ليس بخطأ حقيقة لعدم قصد
النائم الى شئ حتى يكون مخطئا لمقصوده لكن لما وجد فعله حقيقة وجب عليه
ضمان ما أتلفه كفعل الطفل فجعل كالخطأ لانه معذور كالمخطئ (وحكمهما) أى
حكم الخطأ والجارى مجراه (الاثم دون اثم القتل) اما الاثم فلترك التحرز فان

(قوله خلافا لغيره) أى كصاحبيه (قوله
وحكمه الاثم) من حكم شبه العمد
حرمان الارث أيضا وكان ينبغى ذكره
كما ذكره فيما قبله وبعده ولكنه
سيذكره بعده (قوله والكفارة) هو
الصحيح وقال صاحب الايضاح وجدت
فى كتب أصحابنا أن لا كفارة فى شبه
العمد عند أبى حنيفة والصحيح هو
الوجوب كما فى البرهان (قوله والسلامة
فى اطرافه ثابتة ظاهرا وغالبا) الفرق بين
هذا وبين عدم وجوب ضمان دية أطرافه
فى الجناية عليه أن الحاجة فى التكفير
لدفع الواجب والظاهر يصلح حجة له
والحاجة فى الاتلاف الى الزام الضمان
وهو لا يصلح حجة فيه ولانه بظاهر حال
الاطراف فيما بعد التكفير اذا عاش
ولا كذلك فى الاتلاف فافترقا كذا فى
منح الغفار للغزى (قوله يعنى اذا جرح
عضوا بآلة جارحة وجب فيه القصاص
الخ) فيه نظر لان قوله بعده لان اتلاف
النفس يختلف باختلاف الآلة وما
دون النفس ليس كذلك مناقض
لكلامه هذا (قوله كما سيأتى) أى فى
القود فيما دون النفس

الافعال المباحة لا تجوز مباشرتها الا بشرط ان لا يؤذى احدا فان آذى فقد ترك التحرز فاثم وأما كونه دونه فلعدم القصد (والكفارة والدية) أما كونهما حكم الخطأ فبالنص وأما كونهما حكم الجارى مجراه فظاهر (وحرمان الارث) لاحتمال ان يقصد استعجال الميراث وأظهر من نفسه القصد الى محل آخر وان يكون متناوما ولم يكن نائما قاصدا الى استعجال الارث وذكر الخامس بقوله (واما قتل بالسبب) اى بكونه سببا للقتل (كاتلافه بحفر البئر او وضع الحجر فى غير ملكه) قيد للحفر والوضع (او) وضع (خشبة على قارعة الطريق ونحوه) مما هو سبب للاتلاف (الا ان يمشى) الهالك (عليه) أى على البئر ونحوه (بعد علمه بالحفر ونحوه) فحينئذ لا يلزم شئ على الحافر ونحوه (وحكمه الدية على العاقلة) لان الفاعل سبب التلف وهو متعد فيه فكأنه موقع فى البئر ودافع عليه الحجر فوجب الدية وهى على العاقلة (بلا كفارة ولا اثم القتل) لان القتل منه معدوم حقيقة وألحق به الخطأ فى حق الضمان فبقى فى حق غيره على الاصل وانما قال ولا اثم القتل لانه يأثم بالحفر فى غير ملكه (ولا ارث الا هنا) لان الحرمان بسبب القتل ولا قتل هنا

(باب ما يوجب القود وما لا يوجبه)

(يجب بقتل معصوم الدم عمدا) قيد للقتل (بشرائط ذكرت) من كون القاتل مكلفا الخ (فيقتل الحر بالحر) لتمام المماثلة (وبالعبد) وعند الشافعى لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ولنا اطلاق قوله تعالى ان النفس بالنفس والتخصيص بالذكر لا ينفى ما عداه لا يقال لو دل لوجب ان لا يقتل العبد بالحر لان الشافعى يجيب عنه بانه تفاوت الى النقصان فلا يمنع وبه يندفع ما قال صدر الشريعة على انه ان دل يجب ان لا يقتل العبد بالحر لقوله تعالى العبد بالعبد (والمسلم بالذمى) وعند الشافعى لا يقتل لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقتل مؤمن بكافر ولنا ما روى انه صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بذمى وقول على رضى الله عنه انما أعطوا الجزية لتكون أموالهم كاموالنا ودماؤهم كدمائنا والمراد بما روى الحربى لسياقه ولا ذو عهد فى عهده والعطف للمغايرة فكأنه قال لا يقتل مؤمن ولا ذمى بكافر فيكون مستأمنا ضرورة (لا هما) أى لا يقتل مسلم وذمى (بمستأمن) غير معصوم الدم على التأبيد كما مر (بل هو بمثله) اى يقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة بينهما ولا يقتل استحسانا لقيام مبيح القتل (و) يقتل (العاقل بالمجنون والبالغ بالصبى والصحيح بالاعمى والزمن وناقص الاطراف والرجل بالمرأة) للعمومات (والفرع بأصله وان علا) لعدم المسقط (لا عكسه) أى لا يقتل الاصل بفرعه يتناول الاب والام والجد والجدة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده (ولا سيد بعبده ومدبره ومكاتبه وعبد ولده) لانه لا يستوجب لنفسه القصاص على نفسه ولا ولده عليه (وعبد بعضه له) لان القصاص لا يتجزأ (ولا) أى لا يقتل (قاتل عبد الرهن حتى يجتمع عاقداه) أى الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يلى القصاص والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن فى الرهن فشرط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه وذكر فى العيون والجامع الصغير لفخر الاسلام وغيرهما

(قوله ولا ارث الا هنا) مستغنى عنه فى الجملة لانه قدم كل واحد من الاقسام مع حكمه الا شبه العمد كما ذكرنا

(باب ما يوجب القود وما لا يوجبه)

(قوله والفرع بأصله وان علا) أى سواء كان من جهة الاب او الام (قوله ولا قاتل عبد الرهن حتى يجتمع عاقداه) قال فى شرح المجمع وانما وجب حضور المرتهن ليسقط حقه برضاه ولا يرجع به على الراهن وفيه نوع اشكال لان الاستيفاء قد تم بالهلاك فكيف يعتبر رضاه لسقوط حقه يمكن الجواب عنه بأن الاستيفاء غير متعذر لاحتمال عدم القود اما بالصلح أو بدعوى الشبهة فى القتل فيصير خطأ كذا فى الكفاية اه وحكم ما اذا حضر احدهما واقتص يطلب من مجمع الروايات (قوله وذكر فى العيون الخ) قال فى الظهيرية وهو أقرب الى الفقه (قوله وغيرهما) منه ما فى المحيط من المشى على عدم القود ولم يذكر خلافه ولو اجتمع الراهن ومرتهنه

ان القصاص لا يثبت لهما وان اجتمعا كذا في الكافي (ولا قاتل مكاتب قتل عمدا عن وفاء) أي وقد ترك ما يفي ببدله (و) عن (وارث وسيد وان اجتمعا) أي الوارث والسيد لان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في موته حرا أو رقيقا فعلى الاول الولي هو الوارث وعلى الثاني المولى فاشتبه من له الحق وارتفع القصاص (فان لم يترك وارثا غير سيده أو) ترك (ولا وفاء أقاد سيده) لتعينه لا قود بقتل مسلم مسلما ظانه مشركا بين الصفين بل يكفر ويدي) أي يعطي الدية لانه ليس بعمد بل خطأ (مات) شخص (بفعل نفسه) بأن شج نفسه (و) فعل (زيد) بأن شجه (وأسد) بأن عقره (وحية) بأن لدغته (ضمن زيد ثلث الدية) لان فعل الاسد والحية جنس واحد في كونه هدرا في الدارين وفعل نفسه هدر في الدنيا معتبر في العقبى حتى يأثم بالاجماع وفعل الاجنبي معتبر في الدارين فصارت الافعال ثلاثة أجناس فتوزع دية النفس اثلاثا فيكون التالف بفعل الاجنبي ثلثها فيلزمه ثلث الدية لكن في ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد كما سيأتي ان شاء الله تعالى (شهر سيفا على المسلمين وجب قتله) لقوله صلى الله عليه وسلم من شهر على المسلمين سيفا فقد أحل دمه أي اهدره وانما وجب لان دفع الضرر واجب (ولا شئ به) أي بقتله وانما قاله بعد القول بالوجوب لجواز ان يجب قتله لدفع الشر ويجب بقتله شئ كما في الجمل الصائل والمجنون كما سيأتي (كذا) أي يجب أيضا (قتل شاهر سلاح على رجل مطلقا) أي ليلا أو نهارا في مصر أو غيره (أو) شاهر (عصا ليلا في مصر أو نهارا في غيره فقتله المشهور عليه عمدا) حيث لا يجب عليه شئ لما مر (تبع سارقه ليخرج سرقته ليلا وقتله جاز) ولا يجب بقتله شئ لقوله صلى الله عليه وسلم قاتل دون مالك (اذا تعين) أي القتل (لخلاص ماله) واذا لم يتعين لم يجز وكذا اذا قتله قبل الاخذ اذا قصد الاخذ ولا يتمكن من دفعه الا بالقتل وكذا اذا دخل دار رجل بالسلاح وغلب على ظن صاحب الدار انه قاصد لقتله حل قتله (شهر عصا نهارا في مصر فقتل من قتله عمدا) لان العصا ليس كالسلاح والظاهر لحوق الغوث نهارا في المصر فلا يفضي الى القتل (شهر سلاحا فضرب فانصرف فقتله المضروب يقاد) القاتل لانه اذا انصرف عادت عصمته الزائلة بالضرب فاذا قتله آخر قتل معصوما فعليه القود (وضمن قاتل مجنون وصبي شاهرين السلاح ولو) كان قتلهما (عمدا الدية) مفعول ضمن (في ماله) لما مر ان العواقل لا تضمن العمد (و) ضمن قاتل (جمل صال عليه القيمة) وذلك لان فعل المجنون والصبي والدابة غير متصف بالحظر فلم يقع بغيا فلا تسقط العصمة ومقتضى قتل النفس المعصومة في الآدمي وجوب القصاص لكنه امتنع لوجود المبيح وهو دفع الشر فيجب الدية فيه والقيمة في الدابة (يقتص بجرح ثبت عيانا أو بشهادة جعله مجروحا وذا فراش حتى مات) يعني ان طريق ثبوت القصاص سوى الاقرار أمران أحدهما ان يجرح رجل رجلا بحضر جماعة فمات منها والثاني ان يشهد رجلان انه جعله مجروحا وذا فراش حتى مات (ولو) كان جرحه اياه (بنحو مسلة) وهي بكسر الميم وتشديد اللام ابرة

(قوله ولا قاتل مكاتب الخ) كذا لا قود بقتل عبد المكاتب ولا بقتل ابن المكاتب كما في المحيط (قوله فان لم يترك وارثا غير سيده أو ترك ولا وفاء أقاد) هذا عندهما وعند محمد ليس له القود كما في البرهان (قوله شهر سيفا على المسلمين وجب قتله) قال الزيلعي اذا لم يمكن دفعه الا به (قوله أو شاهر عصا ليلا في مصر) لو أطلقه عن قيد المصر لكان أولى لشموله غيره (قوله فقتله المشهور عليه الخ) كذا لو قتله غير المشهور عليه دفعا عنه لا يجب شئ كما في التبيين (قوله تبع سارقه) يعني سارق قدر عشرة دراهم فما فوقها كما في البرهان (قوله اذا تعين) قال في البرهان كان صاح عليه وأنشده الله والاسلام ثلاثا فلم يتركه فقتله حيث يهدر دمه (قوله وضمن قاتل مجنون وصبي شاهرين الدية) قال في البرهان وقيل بنفيهما أي أبو يوسف الدية في رواية عنه (قوله ولو كان قتلهما عمدا) لا يخفى ان ظاهر العبارة شمول القتل خطأ يقتضي ولو الوصلية ولا يخفى فساده لما ان الخطأ على العاقلة والذي يظهر لي زيادة الواو من ولو فتكون لو شرطية لوجوب الدية في مال قاتل الصبي والمجنون دفعا لشرهما عمدا (قوله يقتص بجرح ثبت عيانا أو بشهادة الخ) هذه المسئلة ذكرت في الكنز في باب الشهادة في القتل

(قوله لا بنحو ابرة وان تعمد الا ان يغرز الابرة في مقتله) هذا التفصيل على رواية قال في الاختيار روى أبو يوسف عن أبي حنيفة فيمن ضرب رجلا بابرة وما يشبهه عمدا فمات لا قود فيه وفي المسلة ونحوها القود لان الابرة لا يقصد بها القتل و يقصد بالمسلة وفي رواية أخرى ان غرز بالابرة في المقتل قتل والا فلا اهـ وقال في المحيط ضرب بابرة أو بشئ يشبه الابرة متعمدا فقتله فلا قود عليه فان ضربه بمسلة أو نحوها فعليه القود لان الابرة مما لا يقصد بها القتل وان كانت جارحة لانها آلة الخياطة دون القتل فاذا تمكن شبهة عدم القصد امتنع وجوب ما لا يجامع الشبهة وأما المسلة فهي آلة جارحة

يقصد بها القتل وفرق في بعض المواضع بين ما اذا غرز بابرة في المقتل أو غير المقتل لهذه العلة وفي نوادر هشام عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لو ضربه بابرة وطعن بها فألح عليه حتى مات قتل اهـ وبهذا تعلم وجه اقتصار قاضيخان على عدم القصاص بقوله وان ضربه بابرة متعمدا أو ما أشبه الابرة فمات لا يجب القصاص اهـ وتعلم أيضا وجه ما اقتصر عليه في الجوهرة والبدائع من لزوم القصاص بالقتل بالابرة عمدا مخالفا لقاضيخان (قوله وبحد مر) المر بالفتح الذي يعمل به في الطين كذا في المغرب (قوله لا ظهره) يعني ولم يجرحه وهذا على رواية الطحاوي وقدمنا تصحيحها عن الخلاصة (قوله وروى عنه) أي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى اذا جرح وجب القصاص ظاهر على ظاهر الرواية لانه لا يشترط فيها الجرح بنحو مثقل الحديد وكذا على رواية الطحاوي لما علمت من تصحيح القصاص في الجرح بنحو مثقل الحديد (قوله ولا عود أو مثقل) يعني مثقل حجر أو خشب لا مثقل حديد والا كان مستغنى عنه بما قاله قبله وبحد مر لا ظهره لان ظهره مثقل ولكنه مع هذا يناقض ما يذكره عقبه من أنه لو رماه بمقدار حديد فمات يقتل به سواء جرحه أو لا ودفع المناقضة بأنه مشى في كل على رواية ولكنه لا ينبغي في مثل هذا المختصر وعلمت التصحيح بما في الخلاصة (قوله أو خنق) وهو بكسر النون مصدر أي مصدر خنقه اذا عصر حلقه قال الفارابي ولا يقال بالسكون كما في المغرب (قوله كل ما هو من جنس الحديد الخ) تقييده بالحديد ليس لازما لما تقدم من أن الليطة ومحدد الخشب والحجر وكل مفرق للاجزاء كالحديد (قوله قال قاضيخان وفي ظاهر الرواية الخ) قدمه في أول كتاب الجنايات وقدمنا تصحيح رواية الطحاوي (قوله أو أمر الغير به) يعني واقتص الغير بحضوره لما يأتي

عظيمة يقال لها بالفارسية جوال دوز (لا بنحو ابرة وان تعمد) لانها ليست في معنى السلاح (الا ان يغرز الابرة في مقتله) أي في موضع يقتل بغرز الابرة فيه فحينئذ يجب القصاص كذا في الكافي (و بحد مر) عطف على بنحو مسلة أي يقتص أيضا بجرح حد مر وهو بالفارسية كلند لانه في معنى السلاح (لا ظهره) لانه ليس كذلك وروى عنه اذا جرح وجب به القصاص (ولا عود أو مثقل أو خنق) وهو بكسر النون مصدر قولك خنقه يخنقه كذا في الصحاح (أو تغريق أو سوط والى في ضربه فمات) لان وجوب القصاص يختص بالعمد المحض وذا بان يباشر القتل بآلته وهي الآلة الجارحة لان الجرح يعمل في نقض البنية ظاهرا وباطنا وغيره ينقضها باطنا لا ظاهرا وقوامها بالظاهر والباطن (كل ما هو من جنس الحديد كالصفر والنحاس والرصاص والذهب والفضة والآنك كالحديد لو) كان (له حدة تفرق) لانه حينئذ يكون في معنى السلاح (رماه بمقدار حديد يقتل به) أي من شأنه ان يقتل به (فجرحه أو لا فمات منه قتل كذا لو ضربه بعصا رأسها مضبب بالحديد وقد أصابه الحديد فجرحه أو لا أو ضربه بمقد حديد أو بقمقمة أو بعوده فمات منه) كذا في المبسوط وروى الطحاوي عن أبي حنيفة انه لا يجب القصاص اذا لم يجرح كما لو ضربه بالعصا الكبيرة أو الحجر المدور ولم يجرح لا يجب القصاص في قول أبي حنيفة قال قاضيخان وفي ظاهر الرواية في الحديد وما يشبهه كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص (قتل من له ولي واحد فله) أي لذلك الولي (قتل القاتل قصاصا قبل قضاء القاضي) بالقصاص (بنفسه) متعلق بقوله قتل القاتل أي له ان يقتل بنفسه القاتل (أو أمر الغير به ولا ضمان عليه) أي على ذلك الغير (اذا كان الامر ظاهرا) هذا قيد لجميع ما سبق يعني اذا قتل رجل رجلا بحضرة جماعة وكان له ولي واحد جاز له قتل القاتل بنفسه حتى لو كان متعددا فان اتفقوا كانوا كالواحد والا لم يجز القتل وجاز أيضا ان يأمر آخر بقتله أما كونه قيدا لجواز القصاص له قبل القضاء فلما مر في جواز القصاص بجرح ثبت عيانا وأما كونه قيدا لجواز الامر به فلانه لما جاز له جاز انابة الغير منابه وأما كونه قيدا لعدم الضمان عليه فلان جواز القتل لظهور الامر ينافي الضمان (وأما اذا قتل) أي الاجنبي (وقال الولي امرته لم يصدق ويقتل) الاجنبي

لانتفاء شرط جواز القتل وهو ظهور الامر (وولى القصاص من يرث) أى كل من يرث المقتول فله ولاية القصاص (ولو) كان (زوجا أو زوجة كذا الدية) اى يستحق الدية كل من يستحق الارث (وليس لبعض الورثة استيفاؤه اذا كانوا كبارا حتى يجتمعوا) لاحتمال عفو الغائب او صلحه (ويستوفى الكبير قبل كبر الصغير) لانه حق لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة واحتمال العفو والصلح من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد كاملا كما فى ولاية الانكاح (ولا يجوز التوكيل باستيفائه) أى استيفاء القصاص (بغيبة الموكل) عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعى (قتل رجل) عمدا رجلا (لا ولى له للامام قتله والصلح) لان السلطان ولى من لا ولى له (لا العفو) لان فيه ضرر العامة (ويقيد أبو المعتوه قاطع يده وقاتل قريبه) يعنى اذا قطع رجل يد المعتوه عمدا أو قتل قريبه كولده فابو المعتوه يقيد من جانيه لان لابيه ولاية على نفسه فيليهما كالانكاح (ويصالح) لانه انفع للمعتوه من الاستيفاء فلما ملك الاستيفاء فلان يملك الصلح أولى وهذا اذا صالح على قدر الدية أو اكثر منه والا لا يصح وتجب الدية كاملة ذكره الزيلعى (ولا يعفو) لانه ابطال لحقه (وللوصى الصلح فقط) لان ولاية القصاص تابعة لولاية النفس وهى مختصة بالاب (والصبى كالمعتوه والقاضى كالاب) فى الاحكام المذكورة (ويسقط قود نفس وما دونها ورثه على أبيه) بأن قتل أبوه أمه عمدا أو قطع يدها عمدا لا يستوفيه ابنه بل يسقط لحرمة الابوة (وبموت القاتل) لفوات المحل (وبعفو الاولياء وصلحهم على مال وان قل) لانه حقهم فيجوز تصرفهم كيف شاؤا (ويجب حالا) وان لم يذكروا الحلول والتأجيل لانه مال واجب بالعقد والاصل فى امثاله الحلول كالمهر والثمن (و) يسقط أيضا (بصلح أحدهم وعفوه) لان القود اذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الصلح والعفو ومن ضرورة سقوط حق البعض فى القود سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزأ (وللباقى حصته من الدية) لان استيفاء القصاص تعذر لمعنى فى القاتل وهو ثبوت عصمته بعفو البعض فيجب المال كما فى الخطأ فان العجز عن القصاص ثمة لمعنى فى القاتل وهو كونه خاطئا ولا حصة للعافى لاسقاطه حقه (صالح بألف وكيل مولى عبد وحر قتلا) أى العبد والحر (بالصلح) متعلق بوكيل (عن دمهما) اى الدم الواجب عليهما (به) اى بالالف (تنصف بينهما الالف) يعنى ان قتل حر وعبد رجلا عمدا حتى وجب عليهما الدم فوكل الحر ومولى العبد رجلا أن يصالح عن دمهما على ألف ففعل فالالف على الحر ومولى العبد نصفان (ويقتل جمع بفرد) يعنى اذا قتل جماعة واحدا عمدا يقتل الجماعة به لاجماع الصحابة رضى

(قوله لانتفاء شرط جواز القتل وهو ظهور الامر) يعنى أمر الولى الاجنبى لا أمر القتل لان موضوع المسئلة ان القتل ظاهر اه ولذا قال فى البدائع ثم اذا قتله المأمور والامر ظاهر صار مستوفيا ولا ضمان عليه وأما اذا قتله والامر غير ظاهر وأنكر ولى هذا القتيل الامر فانه يجب القصاص على القاتل ولا يعتبر تصديق الولى لان القتل العمد سبب لوجوب القصاص فى الاصل فلو خرج من أن يكون سببا انما يخرج بالامر وقد كذبه ولى هذا القتيل فى الامر وتصديق ولى القصاص غير معتبر لانه صدقه بعد ما بطل حقه عن القصاص لفوات محله فصار اجنبيا عنه فلا يعتبر تصديقه فلم يثبت الامر فبقى القتل العمد موجبا للقصاص اه (قوله وليس لبعض الورثة استيفاؤه الخ) كذا فى قاضيخان ثم قال وليس لهم ولا لاحدهم أن يوكل باستيفاء القصاص اه وكذا فى الخلاصة مقتصرا عليه وقد أوضحه فى البدائع بقوله واذا كان الكل حضورا لا يجوز لهم ولا لاحدهم أن يوكل فى استيفاء القصاص على معنى انه لا يجوز للوكيل استيفاء القصاص مع غيبة الموكل لاحتمال ان الغائب قد عفا ولان فى اشتراط حضرة الموكل رجاء العفو منه عند معاينة حلول العقوبة بالقاتل وقد قال تعالى وان تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم اه والمصنف رحمه الله استغنى عن هذا بما سيذكره بقوله ولا يجوز التوكيل باستيفائه بغيبة الموكل وقد ذكرته لما فيه من التنبيه (قوله ولا يجوز التوكيل باستيفائه بغيبة الموكل) ذكره فى كتاب الوكالة أيضا (قوله لانها تندرئ بالشبهات) الاولى أن يقال لانه يندرئ لرجوعه للقصاص (قوله وهى مختصة بالاب) المراد الاختصاص النسبي بالنظر الى ما بين الاب والوصى لا مطلقا لثبوت الولاية لنحو العصبة (قوله ويجب حالا) يعنى الا ان يؤجله الولى أجلا معلوما كما فى البرهان (قوله ويقتل جمع بفرد) هذا اذا باشر كل واحد جرحا قاتلا كما فى البرهان وتصحيح القدورى عن الجواهر

الله عنهم (وبالعكس) يعني يقتل واحد بجماعة قتلهم عمدا (ويكتفى به) أي بقتله للجميع (ولا شيء) من المال (ان حضر وليهم) وقال الشافعي يقتل للاول منهم ان قتلهم بالتعاقب ويقضى بالدية لمن بعده في تركته لان العاقلة لا تعقل العمد وان قتلهم جميعا او لم يعرف الاول يقرع بينهم ويقضى بالقود لمن خرج له القرعة وبالدية للباقين وقيل لهم جميعا وتقسم الديات بينهم لان الموجود منهم قتلات والموجود منه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول لكن تركناه للاجماع ولنا ان كل واحد منهم قاتل على الكمال فحصل التماثل الا ترى أن الواجب في قتل واحد جماعة هو القصاص ولولا التماثل لما وجب (ولو حضر ولي) (واحد) من المقتولين (قتل) القاتل له (وسقط حق البقية) أي حق أولياء بقية المقتولين (كموت القاتل) أي كما سقط بموت القاتل حتف أنفه لفوات محل الاستيفاء كما مر (قود بين اثنين فعفا أحدهما ثم قتل الآخر ان علم ان عفو البعض مسقط له يقاد والا فلا) يعني ان القصاص اذا كان بين اثنين فعفا أحدهما وظن صاحبه ان عفو أخيه لا يؤثر في حقه فقتل القاتل فانه لا يقاد منه ومعلوم ان هذا قتل بغير حق ولكن لما كان متأولا ويجتهد فيه اذ عند البعض لا يسقط القصاص بعفو أحدهما فصار ذلك التأويل مانعا وجوب القصاص كذا في المحيط (رجل جرح رجلا وأشهد المجروح على نفسه أن فلانا لم يجرحه ثم مات المجروح فلا شيء على فلان ولا تقبل البينة عليه وان عفا المجروح أو الاولياء بعد الجرح قبل الموت جاز العفو) استحسانا كذا في فتاوى المسعودي (لا يجب القود بقتل عبد الوقف عمدا) كذا في الخلاصة (ولا يقاد الا بالسيف) لقوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف أي لا قود يستوفى الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقال أصحاب ابن مسعود رضي الله عنه لا قود الا بالسلاح وانما كنى بالسيف عن السلاح كذا في الكافي

﴿باب القود فيما دون النفس﴾

(هو فيما يمكن فيه حفظ المماثلة فيقاد قاطع اليد عمدا من المفصل) حتى اذا كان من نصف الساعد لم يقد لامتناع حفظ المماثلة (ولو كان يده أكبر منها كذا الرجل) فانها اذا قطعت من المفصل يقاد ولو من نصف الساق لا (والمارن) فان مارن الانف اذا قطع عمدا يقاد ولو من قصبته فلا (والاذن) فانه اذا قطعت عمدا يقاد أيضا (و) كذا (عين ضربت فزال ضوؤها وبقيت) العين وبين طريق القود بقوله

(قوله لان الموجود منهم قتلات) لعل الصواب منه (قوله والموجود منه قتل واحد) صواب العبارة وما يتحقق في حقه قتل واحد الا أن يحمل قوله سابقا لان الموجود منهم قتلات على أن المراد بالموجود المطلوب أي لان مطلوبهم قتلات ويحمل قوله ثانيا والموجود منه قتل واحد على ان المراد وما يحصل بقتله واحد ولا يخفى ما فيه من التكلف (قوله ان علم ان عفو البعض مسقط له يقاد) قال في المحيط وله نصف الدية في مال القاتل لان قتله تمحض حراما ٩٠ (قوله والا فلا) المراد بعدم العلم الظن أي الاعتقاد كما فسره به شرحا والا فعدم العلم بالحكم لا يعتبر بدار الاسلام (قوله فصار ذلك التأويل) يعني في اسقاط القاطعية واذا انتفى القصاص بتأويله لزمه الدية في ماله كما في المحيط (قوله وان عفا المجروح أو الاولياء الخ) كذا أطلقه في الجوهرة والمحيط والمراد اذا كان المجروح حرا أما اذا كان عبدا فانه لا يصح عفوه لان القصاص يجب حقا للمولى لا له كما في البدائع (قوله لا يجب القود بقتل عبد الوقف) لعل وجهه اشتباه من له حق القصاص لان الوقف حبس العين على ملك الواقف عند الامام وعندهما على حكم ملك الله تعالى اه ولم يتعرض لما يلزم القاتل والعله القيمة فلينظر (قوله ولا يقاد الا بالسيف) قال في البدائع وان أراد الولي أن يقتل بغير السلاح لا يمكن ولو فعل يعزر ولا ضمان عليه ويصير مستوفيا بأي طريق قتله ولو بسوق دابة عليه أو ألقاه في بئر ويأثم بالاستيفاء بطريق غير مشروع لمجاوزته حد الشرع

﴿باب القود فيما دون النفس﴾

(قوله ولو من قصبته فلا) كذا قاله في الجوهرة اذا قطع بعض القصبة أو كلها فلا قصاص لانه عظم اه كذا أطلقه وفي الخانية واذا قطع أنف الصبي من أصل العظم عمدا كان عليه القصاص في قول أبي يوسف كان يجد الريح أو لم يجد وفي الخطأ الدية اه (قوله والاذن) أي كلها أو بعضها كما في التبيين في قوله وقطع يد من نصف ساعد اه وقال في الجوهرة وان قطع بعضها أي الاذن ان كان لذلك البعض يمكن فيه المماثلة وجب القصاص بقدره والا فلا (قوله كذا عين ضربت فزال ضوؤها) هذا اذا كانت غير حولاء لما في الخانية ولا قصاص في عين الاحول اه كذا أطلقه وفي البزازية وان بعين المجني عليه حول لا يضر بصره ولا ينقص يقتص من الذي اذهب ضوءه وان الحول شديدا ينقص البصر فحكومة اه ولم يسنده لقائل وما ذكره في البزازية ذكره قاضيخان بعد ما قدمناه عنه بصيغة وعن الحسن الخ

(فيجعل على وجهه) أى الضارب (قطن رطب ويقابل عينه بمرآة محماة) فان ضوء عينه أيضا يزول (ولو قلعت) أى عينه (لا) أى لا يقاد لامتناع حفظ المماثلة قوله (وكل شجة) عطف على الرجل أى كذا كل شجة (يراعى فيه المماثلة) حيث يثبت فيه القود كالموضحة وهى أن يظهر العظم كما سيأتى (لا قود فى عظم الا السن) لقوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص فى العظم وقال عمر وابن مسعود رضى الله عنهما لا قصاص فى العظم الا فى السن وهو المراد بالحديث (وان تفاوتا) فى الصغر والكبر لانه لا يقتضى التفاوت فى المنفعة (فتقلع) سن الضارب (ان قلعت) سن المضروب (وتبرد) أى تكسر بالمبرد (ان كسرت) الى أن يتساويا (ولا) قود أيضا (فى طرفى رجل وامرأة وحر وعبد وعبدين) لان الاطراف فى حكم الاموال فتنتفى المماثلة للتفاوت فى القيمة (ولا) قود أيضا (فى قطع يد من نصف الساعد) لما مر (وجائفة برئت) لان البرء فى الجائفة نادر فلا يمكن ان يجرح الثانى على وجه يبرأ منه فيكون اهلاكا فلا يجوز وأما اذا لم تبرأ فان سرت وجب القود والا فلا يقاد الى أن يظهر الحال من البرء أو السراية (ولا) قود أيضا (فى لسان وذكر) لامتناع حفظ المماثلة فيهما لان الانقباض والانبساط يجرى فيهما وعن أبى يوسف ان كان القطع من الاصل يقتص (الا اذا قطع) من الذكر (الحشفة) لامكان حفظ المماثلة حينئذ (وطرف الذمى والمسلم سواء) للتساوى بينهما فى الارش (وخير المجنى عليه ان كان يد القاطع شلاء أو ناقصة) أى ناقصة الاصابع (أو رأس الشاج أكبر) من رأس المشجوج (بين القود والارش الكامل) متعلق بقوله خير أما الاول وهو ما اذا كانت يد القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع بخلاف يد المقطوع فلان استيفاء حقه بكماله متعذر فيخير بين أن يتجوز بدون حقه فى القطع وبين أن

(قوله وكل شجة يراعى فيها المماثلة الخ) قال فى الخانية ولا قود فى موضحة الاصلع الذى ذهب شعره الا أن يكون الشاج كذلك اه وفى المحيط قيل لا يجرى القصاص فى الشجاج التى فيها القصاص بين الرجل والمرأة لان مبنى القصاص على المساواة فى المنفعة والقيمة ولم يوجد وقيل يجرى وقد نص عليه محمد فى المبسوط لان فى قطع الاطراف تفويت المنفعة والحاق الشين وقد تفاوتا فى المنفعة لما بينا وليس فى هذه الشجاج تفويت منفعة وانما هو الحاق الشين وقد تساويا فى الحاق الشين فانه يلحق الشين بها بالشجاج مثل ما يلحقه به اه (قوله لا قود فى عظم الا السن) الاستثناء متصل على القول بان السن عظم واختلف الاطباء فى السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس كذا فى التبيين (قوله فتقلع سن الضارب ان قلعت سن المضروب) أطلقه وقد اختلف فى كيفية قصاص السن ففى الخانية يجب القصاص ثم قال ٩٦ وقال بعض العلماء يؤخذ سنه بالمبرد الى أن ينتهى الى اللحم ويسقط ماسواه اه وفى التبيين لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما تفسد لهاته ولكن يبرد بالمبرد الى موضع أصل السن كذا ذكره فى النهاية معزيا الى الذخيرة والمبسوط اه وفى البزازية لا يقلع سن القالع ولكن يبرد الى أن يصل الى اللحم ويسقط ماسواه ولو نزع جاز والبرد احتياطا لئلا يؤدى الى فساد اللحم اه ولا ينتظر حولا الا أن يكون صبيا وسيأتى (قوله وتبرد ان كسرت) هذا ان لم يسود الباقى وان اسود لا يجب القصاص كان طلب المجنى عليه استيفاء قدر المكسور وترك ما اسود لا يكون له ذلك وفى ظاهر الرواية اذا كسر السن لا قصاص فيه كما فى الخانية وسيأتى فى كتاب الديات وفى البزازية قال القاضى الامام وفى كسر بعض السن انما يبرد بالمبرد ان كسر من عرض اما لو عن طول ففيه الحكومة اه (قوله ولا قود فى طرف رجل وامرأة) قال فى الجوهرة ويجب الارش فى ماله حالا (قوله ولا قود فى لسان وذكر الخ) كذا لا قود الا بقطع بعض الشفة لتعذر اعتبار المماثلة فيه وان استقصاها بالقطع يقتص لامكان الأخذ اعتبار المماثلة فيها كما فى التبيين (قوله وعن أبى يوسف ان كان القطع من الاصل يقتص) كذا فى التبيين ثم قال والحجة عليه أى أبى يوسف ما بينا اه لكن بلزوم القصاص جزم قاضيخان فانه قال وفى قطع الذكر من الاصل عمدا قصاص وان قطع من وسطه فلا قصاص فيه وهذا فى ذكر الفحل فاما فى ذكر الخصى والعنين فحكومة عدل وفى ذكر المولود ان تحرك يجب القصاص ان كان عمدا والدية ان خطأ وان لم يتحرك كان فيه حكومة عدل اه من غير اسناد ذلك لاحد بل جعله حكما مطلقا عن الرواية وقد نقل فى المحيط عن الامام مثل أبى يوسف ونصه قال أبو حنيفة رحمه الله ان قطع ذكره من أصله أو من الحشفة اقتص منه لانه أمكن استيفاؤه على سبيل المساواة اذ له حد معلوم فاشبه اليد من الكوع اه (قوله وخير المجنى عليه ان كان يد القاطع شلاء) قال فى المجتبى هذا اذا كانت اليد الشلاء ينتفع بها اما اذا لم ينتفع بها فلا تكون محلا للقصاص فله دية اليد كاملة من غير خيار وعليه الفتوى اه

يأخذ الارش كاملا كمن أتلف مثليا لانسان فانقطع عن أيدى الناس ولم يبق منه الا الردى يخير بين أن يأخذ الموجود ناقصا وبين ان يأخذ القيمة وأما الثانى وهو ما اذا كان رأس الشاج أكبر بأن كانت الشجة استوعبت ما بين قرنى المشجوج وهى لا تستوعب ما بين قرنى الشاج فلان الشجة انما كانت موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفى استيعاب ما بين قرنى الشاج زيادة على ما فعل وباستيفائه قدر حقه لا يلحق الشاج من الشين مثل ما يلحق المشجوج فيخير كما فى الشلاء والصحيحة (لا تقطع يدان بيد ان أمرا سكينا) واحدا (عليها فقطعت) يعنى اذا قطع رجلان يد رجل بأن أخذا سكينا واحدا من جانب وأمراها على يده حتى انفصلت لا تقطع يداهما وقال الشافعى تقطعان اعتبارا بالانفس لان الاطراف تابعة لها بخلاف ما اذا أمر احدهما السكين من جانب والآخر من جانب آخر حتى التقى السكينان فى الوسط وبانت اليد حيث لا يجب القود فيه على واحد منهما اذ لم يوجد من كل منهما امرار السلاح الا على بعض العضو وانما ان كلا منهما قاطع للبعض لان ما قطع بقوة أحدهما لم يقطع بقوة الآخر فلا يجوز أن يقطع الكل بالبعض ولا الثنتان بالواحدة لانعدام المساواة فصار كما اذا أمر كل واحد من جانب آخر بخلاف النفس فان الشرط فيها المساواة فى العصمة فقط وفى الطرف يعتبر المساواة فى المنفعة والقيمة (وضمنا ديتها) أى ضمن القاطعان دية المقطوعة لان التلف حصل بفعلهما فيجب عليهما نصف الدية على كل منهما الربع من مالهما لما مر مرارا (وان قطع رجل يمينى رجلين) سواء قطعهما معا أو بالتعاقب (فلهما) اذا حضرا (يمينه) أى قطع يمينه (ودية يد) أى نصف دية النفس فيقسمانه بينهما نصفين اما ثبوت القطع لهما فلان تساويهما فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فى الاستحقاق ولا عبرة بالتقدم والتأخر كالغريمين فى التركة وذلك لان حق كل واحد منهما ثابت فى كل اليد لتقرر السبب فى حق كل واحد منهما وهو القطع وكونه مشغولا بحق الاول لا يمنع تقرر السبب فتقرر السبب فى حق الثانى أيضا ولهذا لو كان القاطع لهما عبدا استويا فى استحقاق رقبته وأما ثبوت الدية لهما فلما عرفت ان الاطراف ههنا فى حكم الاموال وعرفت أيضا ان القود ثابت لهما على الكمال لكن كل منهما لم يستوف حقه كما هو حقه فلزم بالضرورة اعتبار مالية الاطراف أيضا كيلا يبقى حق المظلوم على الظالم ولهذا وجبت الدية بخلاف ما اذا كان القصاص فى النفس حيث يكتفى فيه بالقتل لهما دون الدية قيد بيمينى رجلين لانه لو قطع يمين رجل ويسار آخر قطع يداه بهما وكذا اذا قطعهما الواحد (فان حضر احدهما) أى أحد المقطوعين (وقطع) يد القاطع (فللآخر الدية) أى دية يد واحدة لان للحاضر أن يستوفى حقه ولا يجب عليه التأخير ليحضر الآخر لثبوت حقه بيقين وحق الآخر متردد لاحتمال أن لا يطالب أو يعفو مجانا أو صلحا فاذا استوفى الاول تمام حقه بالقود بقى حق الثانى فى تمام دية يد واحدة لان الاطراف ليست كالنفوس كما مر (رمى عمدا فنفذ) سهمه (الى آخر فماتا يقتص للاول) لانه عمد (وعلى عاقلته الدية للثانى) لانه خطأ (قطع رجل يد رجل) آخر

(قوله لا يقطع يدان بيد) كذا جميع ما دون النفس لا يقتص به اذا تلفه مازاد عن واحد عمدا كما فى الجوهرة (قوله لما مر مرارا) يعنى من ان العاقلة لا تعقل العمد (قوله وذلك لان حق كل واحد منهما ثابت فى كل اليد لتقرر السبب فى حق الثانى) يعنى كما تقرر الحق للاول ولا يمنع تقرر السبب للثانى سبق السبب للاول ولا بد من هذه العناية ويرشد اليها قوله بعده مستظهرا ولهذا لو كان القاطع لهما عبدا الخ (قوله لانه خطأ) يعنى فى الفعل

(ثم قتله أخذ) أى القاطع (بهما) أى بموجب قطعه وقتله (فى عمدين ومختلفين) بأن قطع عمدا وقتل خطأ أو عكس (برئ بينهما أولا) متعلق بالعمدين والمختلفين أما فى العمدين فان برئ بينهما يقتص بالقطع ثم بالقتل وان لم يبرأ فكذا عنده لانه المثل صورة ومعنى وعندهما يقتل ولا يقطع فيدخل جزاء القطع فى جزاء القتل وأما فى المختلفين فانه اذا قطع عمدا ثم قتل خطأ يقتص للقطع ويؤخذ دية النفس وفى عكسه تؤخذ الدية للقطع ويقتص للقتل لاختلاف الجنايتين لكون أحدهما عمدا والآخر خطأ (و) أخذ بهما أيضا (فى خطأين بينهما برء) أى يجب دية القطع ودية القتل (و) أخذ (بدية) واحدة (فى خطأين) أى خطأ القطع وخطأ القتل (لا برء بينهما) لان دية القطع انما تجب عند استحكام أثر الفعل وهو ان يعلم عدم السراية والفرق بين هذه الصورة وبين عمدين لا برء بينهما ان الدية مثل غير معقول فالاصل عدم وجوبها بخلاف القصاص فانه مثل معقول فالحاصل ان القتل اما عمد أو خطأ والقطع كذلك صار أربعة ثم اما أن يكون بينهما برء أو لا صار ثمانية وقد بين حكم كل واحد منها (كما فى ضرب مائة سوط برئ من تسعين ولم يبق أثر ومات من عشرة) حيث يكتفى بدية واحدة فانه لما برئ من تسعين لم تبق معتبرة الا فى حق التعزير وكذا كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف فى مثله حكومة عدل وعند محمد أجرة الطبيب وثمن الادوية (وان بقى) أى الاثر (وجب حكومة عدل) وسيأتى بيانها فى الديات (ودية) للقتل (عفا المقطوع عن القاطع فمات منه ضمن الدية) يعنى رجل قطع يد رجل عمدا فعفا المقطوع عن القاطع ثم مات منه فعلى القاطع الدية فى ماله (ولو) عفا (عما يحدث منه أيضا أو عن الجناية فهو عفو عن النفس فلا شئ عليه) أى على القاتل (فالخطأ من الثلث والعمد من الكل) يعنى ان كانت الجناية خطأ وقد عفا عنها فهو عفو عن الدية فيعتبر من الثلث لان الدية مال حق الورثة يتعلق بها والعفو وصية فيصح من الثلث وأما العمد فوجبه قود وهو ليس بمال فلم يتعلق به حق الورثة فيصح العفو عنه على الكمال هذا عنده وعندهما العفو عن القطع عفو عن النفس أيضا (كذا الشجة) يعنى ان العفو عن الشجة كالعفو عن القطع عنده وعندهما عفو عن النفس أيضا (قطعت امرأة يد رجل عمدا فنكحها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعليها دية فى مالها وعلى عاقلتها لو خطأ) هذا عند أبى حنيفة لان العفو عن اليد أو القطع لا يكون عفوا عما يحدث منه فكذا التزوج على اليد أو القطع لا يكون تزوجا على ما يحدث منه عنده ثم ان كان القطع عمدا كان تزوجا على القصاص فى الطرف هو ليس بمال على تقدير الاستيفاء وعلى تقدير السقوط أولى فلا يصلح للمهر فيجب لها عليه مهر المثل * فان قيل قد سبق أن القصاص لا يجرى بين الرجل والمرأة فى الطرف فكيف يصح تزوجها عليه * قلنا الموجب الاصلى للعمد القصاص لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص وانما سقط للتعذر ثم تجب عليها الدية لان التزوج وان تضمن العفو لكن عن القصاص فى الطرف فاذا سرى تبين انه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس وهى فى مالها لانه عمد والعاقلة

(قوله وان بقى الاثر) يعنى اثر التسعين سوطا التى برئ منها وجب حكومة عدل فيها مع دية كاملة للنفس للقتل بالعشرة المكملة للمائة وهذا بالاجماع كما فى التبيين (قوله يعنى قطع يد رجل عمدا) قال فى البرهان والخطأ كالعمد (قوله فلا شئ عليه فالخطأ من الثلث والعمد من الكل) لا يخفى ما فيه لان قوله لا شئ عليه ينتقض بما اذا لم تخرج جناية الخطأ من الثلث فلو قال فلا شئ عليه فى العمد وكذا الخطأ لو خرج من الثلث والا فبقدره لكان أولى

لا تتحمله فاذا وجب له الدية ولها المهر تقاصا ان استويا وان كان احدهما اكثر رجع صاحبه على الآخر وان كان القطع خطأ كان تزوجها على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا أرش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في يده ولا شئ فيها والدية واجبة بنفس القتل لانه خطأ ولا تقع المقاصة لان الدية على العاقلة أقول ينبغي أن تقع المقاصة على القول المختار في الدية وهو عدم وجوبها على العاقلة بل في مال القاتل كما سيأتي تحقيقه (ولو نكحها (على يده وما يحدث منها) يعني السراية (أو على الجناية فمات منه فلها مهر مثلها والعمد) لانه نكاح على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح للمهر فيجب مهر المثل كما اذا نكحها على خمر أو خنزير (ولا شئ عليها) اى لا دية ولا قصاص لان حقه القصاص وقد رضي بسقوطه على انه يصير مهرا وهو لا يصلح له فسقط أصلا (ورفع عن العاقلة قدر مهر مثلها والخطأ) لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح للمهر (فان ساوى) اى مهر المثل (الدية ولا مال له سواه) أى سوى مهر المثل (فلا شئ عليهم) أي العاقلة لان التزوج من الحوائج الاصلية فيعتبر من جميع المال وهم لا يغرمون شيأ منه لها لانهم انما يتحملون عنه بسبب جناياته فكيف يغرمون لها (وفي الاكثر) أى ان كان مهر المثل أكثر من الدية (لم تجب الزيادة) لانها رضيت بأقل من مهر المثل (والزائد في الاقل) أى ان كان مهر المثل أقل من الدية يرفع عن العاقلة مهر المثل والزائد منها (وصية لهم) اى للعاقلة وتصح لانهم من الاجانب فان كان يخرج من الثلث يرفع عنهم أيضا والا سقط عنهم قدر الثلث وادوا الفضل الى الولي اذ لا تنفذ الوصية الا من الثلث (قطعت يده) يعني قطع زيد مثلا يد بكر وأثبته بكر عند القاضي فامر بالقصاص (فاقتص) زيد (له) اى لبكر بان قطع يد زيد (فمات) المقطوع الاول وهو بكر (قتل المقتص منه) وهو زيد (به) اى بقطعه سابقا اذ تبين بالسراية أن الجناية كانت قتلا عمدا وان حق المقتص له في القصاص في النفس وأما استيفاء القطع من المقتص منه فلا يوجب سقوط حق المقتص له في القتل (وضمن دية النفس من قطع بنفسه يد غيره قودا فسرى) يعني ان من له القصاص في الطرف اذا استوفاه بنفسه بلا حكم الحاكم ثم سرى الى النفس ومات ضمن دية النفس عند أبي حنيفة وعندهما لا يضمن وهو قول الشافعي لانه استوفى حقه وهو القطع فسقط حكم سرايته اذ الاحتراز عن السراية خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة لئلا يفسد باب القصاص فصار كالامام اذا قطع السارق وسرى الى النفس ومات وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع والموجود قتل الا ان القصاص سقط للشبهة لانه في معنى المخطئ لان قصد استيفاء حقه لا القتل وقتل الخطأ يوجب الدية بخلاف ما ذكروا من المسائل اذ يجب الحكم فيها بالقصاص على القاضي بتقلده والعمل على البزاغ ونحوه بالعقد واقامة الواجب لا تتقيد بشرط السلامة كالرمي الى الحربي وفي مسئلتنا هو مخير بين الاستيفاء والعفو بل العفو مندوب فيتقيد استيفاؤه بشرط السلامة كالرمي الى الصيد هذا ما قالوا ويرد على ظاهره أن استيفاء القصاص بنفسه في هذه الصورة اذا أورث شبهة يسقط بها القصاص كان ينبغي أن يورث حكم القاضي

(قوله أقول ينبغي ان تقع المقاصة على القول المختار في الدية) ليس على اطلاقه بل في العمد لكنه أطلقه للاحالة (قوله والا سقط عنهم قدر الثلث وأدوا الفضل الخ) قال الزيلعي ثم قيل لا يسقط منه قدر نصيب القاتل لان الوصية للقاتل لا تصح والاصح انه يسقط لانه لو لم يسقط نصيبه لكان ذلك القدر هو الواجب بالقتل فتتحمله العاقلة عنه فيقسم عليهم فما أصاب العاقلة يسقط لما ذكرنا وما أصاب القاتل يكون هو الواجب بالقتل فيقسم أيضا فيلزم مثل ذلك من نصيبه منه أيضا ثم هكذا وهكذا الى أن لا يبقى منه شئ انتهى (قوله وعندهما لا يضمن الخ) قال في البرهان وهو الاظهر (قوله فاذا أورث شبهة يسقط بها القصاص كان ينبغي ان يورث حكم القاضي في الصورة الاولى شبهة يسقط بها القصاص الخ) هذا حكم على معدوم اذ لم يتقدم ذكر حكم من القاضي ومعه قصاص على المدعى ولا يصح جعله مفهوما لقوله سابقا وضمن دية النفس من قطع بنفسه يد غيره قودا فسرى

بجهل لم يمتنع العمل به قبل البيان فيجب اقل موجبيه وهو الدية وتجب في ماله لان الاصل في القتل العمد فلا تلزم العاقلة لما مر مرارا (أقر كل من رجلين بقتل زيد وقال الولي قتلتماه فله قتلهما) لان كلا منهما أقر بانفراده بكل القتل وبالقصاص عليه والمقر له صدقه في وجوب القتل عليه أيضا لكنه كذبه في انفراده بالقتل وتكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي لان ذلك يوجب تفسيقه وفسق المقر لا يمنع صحة اقراره (ولو كان مكان اقرار شهادة لغت) أي شهدا بقتل زيد عمرا وآخران بقتل بكر اياه لغت الشهادتان لان تكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يوجب رد شهادته (شهدا) على رجل (بقتله خطأ وحكم بالدية فجاء المشهود له بقتله حيا ضمن العاقلة الولي) لانه قبض الدية بغير حق (أو الشهود) لان المال تلف بشهادتهم (ورجعوا) أي الشهود (عليه) أي على الولي لانهم ملكوا المضمون وهو ما في يد الولي كالغاصب مع غاصب الغاصب (والعمد كالخطأ الا في الرجوع) أي اذا كان الشهادة على العمد فقتل به ثم جاء حيا تخير الورثة بين تضمين الولي الدية أو الشهود فان ضمنوا الشهود لم يرجعوا على الولي عند أبي حنيفة لانهم أوجبوا هنا للولي ما ليس بمال وهو القصاص فلا وجه لان يرجعوا بمال اذ لا مماثلة بينهما وعندهما يرجعون على الولي كما في الخطأ (ولو) شهدا (على اقراره) أي اقرار القاتل بالخطأ أو العمد ثم جاء حيا لم يضمنا اذ لم يظهر كذبهما في شهادتهما (أو) شهدا على شهادة (غيرهما في الخطأ) وقضي بالدية على العاقلة ثم جاء حيا لم يضمنا أيضا اذ لم يظهر كذبهما في شهادتهما الا ان المشهود به شهادة الاصول على القتل لا نفس القتل (ضمن الولي الدية) في الصورتين للعاقلة اذ ظهر انه أخذها منهم بغير حق ثم لما فرغ من مسائل الشهادة في القتل شرع في مسائل اعتبار حالة القتل فقال (العبرة بحالة الرمي لا الوصول) اعلم ان الاصل أن العبرة لوقت الرمي في حق الضمان والحل لان الضمان انما يجب بالجناية وانما يصير الشخص جانيا بفعل يدخل تحت اختياره وهو الرمي لا الوصول (فتجب الدية على من رمى مسلما فارتد) المرمي عليه (فوصل) السهم اليه فمات فعلى الرامي الدية لورثة المرتد عند أبي حنيفة وقالا لا شئ على الرامي لان التلف حصل في محل غير معصوم واتلاف غير المعصوم هدر وله أن المرمي اليه وقت الرمي معصوم والعبرة به (وتجب القيمة لسيد عبد رمي اليه) بصيغة المجهول أي صار مرميا اليه (فاعتقه فوصل) السهم اليه فمات لانه وقت الرمي مملوك وقال محمد يجب عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي (و) يجب (الجزاء على محرم رمى صيدا فحل) أي خرج من الاحرام (فوصل) السهم اليه لانه وقت الرمي محرم (لا على حلال رماه فاحرم فوصل) لانه وقت الرمي غير محرم (ولا يضمن من رمى مقضيا عليه برجم رجم شاهد فوصل) لانه وقت الرمي مباح الدم

(قوله وتجب اي الدية في ماله) يعني في ثلاث سنين (قوله وقال الولي قتلتماه فله قتلهما) قيد بقوله قتلتماه لانه لو قال صدقتما ليس له قتل واحد منهما لان تصديقه كل واحد منهما تكذيب للآخر فكأنه قال الكل قتلته وحدك فيكون مقرا بعدم قتل الآخر بخلاف قوله قتلتماه لانه دعوى القتل من غير تصديق لهما فيقتلهما باقرارهما كما في التبيين (قوله أي شهدا بقتل زيد عمرا وآخران بقتل بكر اياه) يعني وقال الولي قتلتماه لغت الشهادتان (قوله لان تكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته) المراد بتكذيبه نفي استقلال كل من المشهود عليهما بالقتل لانه لما قال قتلاه لم يثبت القتل الكل منفردا فلهذا صار مكذبا للكل من البينتين فلغتا (قوله فتجب الدية على من رمى مسلما فارتد) يشير الى أنه في قلبه لا تجب بان رمى مرتدا أو كافرا فاسلم وهو بالاجماع (قوله وقال محمد يجب عليه فضل ما بين قيمته الخ) وقول أبي يوسف متردد روي عنه ايجاب القيمة كقول الامام وروي عنه مثل قول محمد كما في البرهان (قوله لا على حلال رماه فاحرم) يشير الى حله كالو رماه مسلما فارتد

﴿ كتاب الديات ﴾

﴿ كتاب الديات ﴾

جمع دية مصدر ودى القاتل المقتول اذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال دية تسمية بالمصدر وفاؤها محذوفة كما في عدة كذا في المغرب

(قوله الدية ألف دينار من الذهب وعشرة آلاف من الفضة ومائة من الابل) الواو بمعنى أو وكلامه يشير الى أن الواجب احد الثلاثة سواء كان القتل خطأ أو شبه عمد وبه صرح في شرح المجمع وعليه يكون الخيار للقاتل في دفع ايها شاء ولو في شبه العمد وصريح المحيط خلافه حيث قال وأما مقدارها فالدية نوعان مخففة ومغلظة فالمخففة دية الخطأ وهي ثلاثة أصناف من الابل والعين والورق قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى من الابل مائة ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف وللقاتل الخيار يؤدي أي نوع شاء وأما كيفية أسنان الابل ففي دية الخطأ خمسة أنواع عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وأما الدية المغلظة فهي دية شبه العمد وهي أربعة أنواع خمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون بنت مخاض وكذلك من الجذعات والحقاق انتهى فهذا نص على موجب شبه العمد وعلى ان القاتل في شبه العمد لا يخير بين دفع الورق أو العين أو الابل بل اللازم عليه الابل وكلام الهداية يشير الى هذا وهو صريح ما تقدم أول كتاب الجنايات من ان حكم شبه العمد الاثم والكفارة ودية مغلظة على العاقلة انتهى فلو كان الواجب ابتداء ما هو اعم من الابل لم يكن للتغليظ فائدة لانه يختار الاخف فتفوت حكمة التغليظ نصا فليكن على ذكر منك لتقرره (قوله وقالا منها ومن البقر الخ) هو رواية عن أبي حنيفة و يؤخذ البقر من أهل البقر والحلل من أهلها قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل حلة كذلك وهي ثوبان ازار ورداء والشاء من أهل الشاء قيمة كل شاة خمسة دراهم كما في البرهان وتفسير الحلة بالازار والرداء هو المختار وفي النهاية قيل في زماننا قميص وسراويل كما في التبيين (قوله ان تغليظ الدية روى عن عمر وعلي) كذا عن عثمان رضي الله تعالى عنهم كما في التبيين (قوله وعند محمد والشافعي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها) الضمير في كلها للثنيات لقوله صلى الله عليه وسلم ألا ان دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل منها أربعون في بطونها أولادها رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه في صحيحه من حديث عبد الله بن عمرو بن العاصي ورواه النسائي وابن ماجه من حديث عبد الله بن عمر وروى أبو داود عن مجاهد أن عمر رضي الله تعالى عنه قضى في شبه العمد بثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ما بين ثنية الى بازل عامه كلها خلفات و رواه عن علي أثلاثا ثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة واربع وثلاثون ثنية الى بازل عامها كلها خلفات كذا في البرهان (قوله وكفارتها) افرد الضمير باعتبار النفس المقتولة والاولى أن يثني ليظهر كونه للقتل خطأ وشبه عمد الا أن يقال لما كان شبه العمد خطأ بالنظر الى القتل وان كان عمدا بالنظر الى الضرب أفرد الضمير لاتحاد حكم الكفارة في الخطأ وشبه العمد انتهى على ان هذا أي ذكر الكفارة مستغنى عنه بما قدمه أول كتاب الجنايات فلا احتياج الى اعادته بما لا مزيد عليه

والارش اسم للواجب على ما دون النفس (الدية ألف دينار من الذهب وعشرة آلاف درهم من الفضة ومائة من الابل فقط) يعني ان الدية عند أبي حنيفة لا تكون الا من هذه الاموال الثلاثة وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان (وهذه) أي الابل (في شبه العمد أرباع) بين الارباع بقوله (من بنت مخاض) خمس وعشرون (ومن بنت لبون) خمس وعشرون (ومن حقة) خمس وعشرون (ومن جذعة) خمس وعشرون (وهي) الدية (المغلظة) نقل في غاية البيان عن شرح القدوري ان تغليظ الدية روى عن عمر وعلي وابن مسعود وزيد وأبي موسى الاشعري والمغيرة بن شعبة وان اختلفوا في كيفية التغليظ فعند أبي حنيفة وأبي يوسف ما ذكر ههنا وعند محمد والشافعي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها (وفي الخطأ) عطف على في شبه العمد أي الابل في الخطأ (أخماس منها) أي من المذكورات الاربع (ومن ابن مخاض) عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون ابن مخاض وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه فأخذنا بذلك (وكفارتهما ما ذكر في النص) وهو عتق رقبة مؤمنة وان عجز عنه صام شهرين ولاء (ولا يصح الاطعام) اذ لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف (والجنين) اذ لم تعرف حياته ولا سلامته (ويصح رضيع أحد أبويه مسلم) لانه مسلم تبعا والظاهر سلامة اطرافه (ودية المرأة نصف دية الرجل في النفس وما دونها) وقد ورد هذا اللفظ موقوفا عن علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي صلى

(قوله والذمي فيها كالمسلم) أي سواء كان كتابيا أو مجوسيا وفيه اشارة الى أن المستأمن ليس مثله وبه صرح في الجوهرة عن النهاية فقال ولا دية في المستأمن هو الصحيح انتهى وقال الزيلعي والمستأمن ديته مثل دية الذمي في الصحيح لما روينا انتهى فقد اختلف التصحيح (قوله والمارن) كذا لو قطعه مع القصبة لا يزيد على دية واحدة كما في الجوهرة والتبيين (قوله واللسان ان منع النطق) يشير الى أنه لا يلزمه الدية بلسان الاخرس والواجب فيه ما قال في الجوهرة أما لسان الاخرس ففيه الحكومة (قوله أو أداء أكثر الحروف) كذا في شرح المختار اه وقال في الهداية لو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم الدية على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب وقيل ان قدر على أداء أكثرها تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن أداء الاكثر يجب كل الدية ١٠٤ لان الظاهر أنه لا يحصل منفعة الكلام اه وفي المحيط مثل الهداية ثم قال والاصح هو الاول انتهى أي قسمة الدية على عدد الحروف مطلقا انتهى وكذا قال الامام خواهر زاده الاول اصح أي قسمتها على عدد الحروف وهي ثمانية وعشرون حرفا انتهى ولكن قال في الجوهرة والصحيح أنه يقسم على عدد حروف اللسان وهي ثمانية عشر حرفا انتهى وكذا قال قاضيخان وان منع بعض الكلام دون البعض تقسم دية اللسان على الحروف التي تتعلق باللسان فتجب الدية بقدر ما فات انتهى (قوله واللحية ان حلقت ولم تنبت) يعني بعد تأجيل المجني عليه سنة وان مات قبل تمامها ولم تنبت لا شيء على الجاني وان نبت بعضها دون بعض ففيه حكومة وهذا أي لزوم الدية في الحر غير الكوسج وفي العبد نقصان القيمة على الظاهر وروى الحسن كمال القيمة واختلفوا في لحية الكوسج والاصح أن كان في ذقنه شعرات معدودة فليس في حلقه شيء لان وجودها يشينه ولا يزينه وان كان ذلك على الخد والذقن جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وهذا اذا لم تنبت كما كان وان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء في ويؤدب على ذلك لارتكابه المحرم فان نبت أبيض لا يلزمه شيء عند أبي حنيفة في الحر وعندهما حكومة عدل كما في العبد ويستوى العمد والخطأ في حلق الشعر كما في التبيين وقاضيخان (قوله وكذا أشفار العينين) يجوز أن يراد بالاشفار حروف العينين وهو حقيقة فيه ويجوز أن يراد به الاهداب تسمية للحال باسم المحل وأيهما أريد كان مستقيما لان في كل واحد دية كاملة ولو قطع الجفون باهدابها تجب دية واحدة كالمارن مع القصبة والموضحة مع الشعر كما في التبيين واذا نبتت الاهداب فلا شيء ولا قصاص ان لم تنبت لانه لا قصاص في الشعر وتجب الدية كما في الجوهرة وقدمنا مثله ولم يذكر التأجيل ولعله كاللحية (قوله كما في كل سن الخ) يعني سن الرجل ودية سن المرأة نصف دية سن الرجل كما في الجوهرة

الله عليه وسلم (والذمي فيها) أي الدية (كالمسلم) لقوله صلى الله عليه وسلم دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار وبه قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما (وفي النفس) هو وما عطف عليه خبر لقوله الآتي دية (والمارن واللسان ان منع النطق أو أداء أكثر الحروف والذكر والحشفة والعقل والسمع والبصر والشم والذوق واللحية ان حلقت ولم تنبت وشعر الرأس) أيضا ان حلق ولم تنبت (دية) اعلم أن الجاني ان فوت في الاطراف جنس المنفعة على الكمال أو أزال ما قصد في الآدمي من كمال الجمال تجب عليه كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وقضى عمر رضي الله عنه لرجل على رجل بأربع ديات بضربة واحدة وقعت على رأسه ذهب بها عقله وسمعه وبصره وكلامه (كذا كل ما في البدن اثنان) كالحاجبين والعينين والرجلين واليدين والشفتين والاذنين والانثيين وثديي المرأة فان الواجب في كل اثنين منها دية كاملة (وفي أحدهما نصفها) كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضي الله عنه وفي العينين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين منها تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت احداهما تفويت النصف فيجب نصف الدية (وكذا أشفار العينين) حيث يجب في كلها دية كاملة وفي الاثنين منها نصفها (وفي أحدها) أي أحد الاشفار (ربعها) أي ربع الدية لما ذكر (وفي كل اصبع يد أو رجل عشرها) لقوله صلى الله عليه وسلم في كل اصبع عشر من الابل (وما فيها مفاصل) ثلاثة (ففي أحدها ثلث دية اصبع) لانه ثلثها (ونصفها) أي نصف دية اصبع (لو فيها مفصلان) كالابهام لانه نصفها وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع (كما في كل سن) يعني يجب

في كل سن نصف عشر الدية وهو خمس من الابل لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أبي موسى الاشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل ومن الدراهم خمسمائة درهم * فان قيل لو قلنا بذلك يزيد على دية واحدة اذا أتلف كل الاسنان لانها في الغالب اثنان وثلاثون سنا وفي اتلاف كلها اتلاف النفس من وجه لتفويت جنس المنفعة لانها تصير كالهالكة معنى وحكم الاتلاف من وجه لا يجوز أن يزيد على الاتلاف من كل وجه * قلنا هذا ثابت بخلاف القياس بالنص فلا يرد السؤال كذا في غاية البيان واذا ثبت هذا بخلاف القياس كان غير معقول المعنى فلا يجب أن يذكر له وجه معقول وان أريد ذلك بطريق التبرع فالوجه ما ذكره صدر الشريعة ان عدد الاسنان وان كان اثنين وثلاثين فالاربعة الاخيرة وهي اسنان الحلم قد لا تنبت لبعض الناس وقد ينبت لبعضهم بعضها ولبعض كلها فالعدد المتوسط للاسنان ثلاثون ثم للاسنان منفعتان الزينة والمضغ فاذا سقط سن بطل منفعتها بالكلية ونصف منفعة السن التي تقابلها وهي منفعة المضغ وان كان النصف الآخر وهو الزينة باقيا واذا كان العدد المتوسط ثلاثين فمنفعة السن الواحدة ثلث العشر ونصف المنفعة سدس العشر ومجموعهما نصف العشر (وفي عضو زال نفعه بضرب ديته كيد شلت وعين عميت وصلب انقطع نسله) لان وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة ولا عبرة للصورة بلا منفعة الا اذا تجردت عن المنفعة عند الاتلاف فحينئذ تجب فيه حكومة عدل ان لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء وأرشه كاملا ان كان فيه ذلك كالاذن الشاخصة ذكره الزيلعي

{فصل} (لا قود في الشجاج الا في الموضحة عمدا) وهي التي توضح العظم أي تبينه لامكان اعتبار المساواة فيها بان يسبر غورها بالمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع وفي ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دونها أيضا ذكره محمد في الاصل وهو الاصح لامكان اعتبار المساواة فيه أيضا مما ذكر في الموضحة ذكره الزيلعي (وفيها خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشرها) وهي التي تكسر العظم (والمنقلة عشرها ونصف عشرها) وهي التي تنقل العظم بعد الكسر (والآمة) وهي التي تصل الى أم الدماغ وهي جلدة رقيقة تجمع الدماغ وبعد الآمة شجة تسمى الدامغة بالغين المعجمة وهي التي تصل الى الدماغ لم يذكرها محمد رحمة الله عليه لان النفس لا تبقى بعدها عادة فتكون قتلا لا من الشجاج والكلام فيها (أو الجائفة) وهي التي تصل الى الجوف (ثلثها) كل ذلك ثبت بالحديث (وفي جائفة نفذت) الى الجانب الآخر (ثلثاها) لان أبا بكر رضي الله عنه هكذا حكم ولانها جائفتان (وفي الحارصة) هو وما عطف عليه خبر لقوله الآتي حكومة عدل وهي بالحاء المهملة التي تحرص الجلد أي تخدشه ولا يخرج الدم (والدامعة) بالعين المهملة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله بل تجمع في موضع الجراحة كالدمع في العين (والدامية) وهي التي تسيل الدم (والباضعة) وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه (والمتلاحمة) وهي التي تأخذ في اللحم وتقطعه (والسمحاق) وهي التي

(قوله فالوجه ما ذكره صدر الشريعة الخ) هو وان كان ظاهرا في الجواب غير مطرد اذ ينتقض بقطع نحو الابهام أو المسبحة لعدم ايجاب الشارع أزيد من حصته من تمام دية النفس وان كان جارتها من الاصابع لا يحصل تمام منفعتها الا بما يجاورها (قوله فانقطع نسله) فيه نظر لان قطع النسل لا يوقف عليه فحق العبارة أن يقال فانقطع ماؤه لدار الحكم على سببه الظاهر وهو نزول الماء وقوله ذكره الزيلعي هو لم يذكر فانقطع نسله فانقطع ماؤه وكذا قال قاضيخان ضرب على الظهر فانقطع ماؤه وعلله الزيلعي بقوله لان فيه تفويت منفعة كاملة وهي منفعة النسل انتهى

{فصل في الشجاج}

(قوله وفي ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دونها) شامل للسمحاق وفيه تسامح لما قال الجوهرة ذكر محمد في الاصل وهو ظاهر الرواية أن ما قبل الموضحة فيه القصاص الا في السمحاق فانه لا قصاص فيها اجماعا لعدم المماثلة لانه لا يقدر ان يشق حتى ينتهي الى جلدة رقيقة فوق العظم وانما خص ما دون الموضحة بالحكم احترازا عما فوقها كالهاشمة والمنقلة لانه لا قصاص فيها اجماعا انتهى (قوله وفيها خطأ نصف عشر الدية) يعني فيجب خمس من الابل ان كان المجني عليه رجلا ونصفها أي الخمسة ان كان امرأة كما في الجوهرة (قوله والجائفة موضعها ما بين اللبة والعانة) كما في الخانية (قوله والدامية وهي التي تسيل الدم) كذا قاله الزيلعي ثم قال وذكر المرغيناني ان الدامية هي التي تدمي من غير ان يسيل منها دم هو الصحيح مروي عن أبي عبيد انتهى (قوله والمتلاحمة الخ) هو ظاهر الرواية والاختلاف الذي في تفسير الشجاج راجع الى مأخذ الاشتقاق لا الحكم كما في التبيين وكذا قال قاضيخان هي التي تدق ولا تقطع

(قوله حكومة عدل) لافرق فيه بين العمد وغيره وعليه الفتوى كما في الكافي والوقاية وفي ظاهر الرواية يجب القصاص كما في البرهان
وكما قدمه المصنف أول الفصل عن الزيلعي (قوله فيفرض ان هذا الحر عبد الخ) قاله الطحاوي (قوله ذكره الزيلعي) صحيح
برجوعه الى قوله وقال شيخ الاسلام وأما قوله وبه يفتي احترازا الخ فليس عبارة الزيلعي فانه قال بعد حكاية قول الطحاوي وقال
الكرخي ماذكره الطحاوي ليس بصحيح لانه لو اعتبر بذلك الطريق فربما يكون نقصان القيمة أكثر من نصف
عشر الدية فيؤدي الى أن يجب في هذه
الشجاج وهو مادون الموضحة أكثر مما
أوجبه الشرع في الموضحة وانه محال
بل الصحيح الاعتبار بالمقدار وقال الصدر
الشهيد ينظر المفتي في هذا ان أمكنه
الفتوى بالثاني بان كانت الجناية في
الرأس والوجه يفتي بالثاني أي قول
الكرخي وان لم يتيسر عليه ذلك يفتي
بالقول الاول لانه أيسر قال وكان
المرغيناني يفتي به وقال في المحيط والاصح
انه ينظر كم مقدار هذه الشجة من أقل
شجة لها الارش مقدر فان كان مقداره مثل
نصف شجة لها أرش أو ثلثها وجب نصف
أو ثلث ارش تلك الشجة وان كان ربعا
فربع ذكره بعد القولين فكأنه جعله
قولا ثالثا والاشبه ان يكون هذا تفسيرا
لقول الكرخي وقال شيخ الاسلام قول
الكرخي أصح الى آخر ماذكره المصنف
(قوله يعني ان الارش لا يزيد بسبب
الكف) هذا في الثلاث فما زاد اتفاقا
وأما اذا كان معه اصبعان أو اصبع فهو
تبع أيضا عنده وأوجبا الاكثر من
الارش وحكومة الكف وادخلا الاقل
في الاكثر كما في البرهان (قوله طريق
معرفة ذهاب السمع الخ) لم يبين بعده
طريق معرفة ذهاب الشم والذوق
والكلام ورأيت بخط شيخ استاذي
العلامة علي المقدسي ان في الكلام
يغرز لسانه بابرة فان خرج منه دم اسود
فصادق وان خرج احمر فلا وفي الشم
بالروائح الكريهة اهـ قلت والذوق يمكن معرفته باستغفاله باطعامه نحو حنظل بعد حلو (قوله وطريق معرفة قالوا
ذهاب البصر الخ) هذا وقال قاضيخان قال بعضهم اذا أخبر رجلان من أهل العلم انه قد ذهب بصره يؤخذ بقولهما وقال محمد بن
مقاتل رضي الله عنه يقام المضروب مستقبل الشمس مفتوح العين ان دمعت عينه علم أن بصره قائم وان لم تدمع علم أنه ذهب

تصل الى جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس وتسمى سمحاقا (حكومة عدل) اذ
ليس فيها أرش مقدر شرعا ولا يمكن اهدارها فتجب فيها حكومة عدل وهو مأثور عن
ابراهيم النخعي وعن عمر بن عبد العزيز وفسر الحكومة بقوله (فيقوم عبدا بلا هذا
الاثر ثم معه فقدر التفاوت بين القيمتين من الدية هو الحكومة) فيفرض أن هذا
الحر عبد وقيمته بلا هذا الاثر ألف درهم ومعه تسعمائة درهم فالتفاوت بينهما مائة
درهم وهو عشر الالف فيؤخذ هذا التفاوت من الدية وهي عشرة آلاف درهم
فعشرها ألف درهم فهو حكومة العدل (وبه يفتي) احترازا عما ذكره الكرخي
انه ينظر في مقدار هذه الشجة من الموضحة فتجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية
وقال شيخ الاسلام قول الكرخي أصح لان عليا رضي الله عنه اعتبر بهذا الطريق
فيمن قطع طرف لسانه ذكره الزيلعي (وفي أصابع يد بلا كف وبها نصف الدية)
يعني ان الارش لا يزيد بسبب الكف لانه تابع بل الواجب في كل اصبع عشر من
الابل فيكون في الخمسة خمسون ضرورة وهو نصف الدية (ومع نصف الساعد
نصف دية) للاصابع (والحكومة) لنصف الساعد (وفي كف فيها اصبع
عشرها) لاصبع (وان كان اصبعان فخمسها) للاصبعين (ولا شيء في الكف) لما
مر (وفي اصبع زائدة) هو وما عطف عليه خبر لقوله الآتي الحكومة (وعين
صبي وذكره ولسانه ان لم يعلم صحته) أي صحة كل من الثلاثة (بما يدل على نظره)
في العين (وبحركة ذكره) في الذكر (وكلامه) في اللسان (الحكومة وان علمت)
أي صحته (فالدية) فان حكمه بعد ذلك حكم البالغ في العمد والخطأ (ودخل ارش
موضحة أذهبت عقله أو شعر رأسه في الدية) يعني اذا شج رجلا موضحة فذهب
عقله أو شعر رأسه ولم ينبت دخل ارش الموضحة في الدية لان فوات العقل يبطل
منفعة جميع الاعضاء اذ لا ينتفع بدونه فصار كما اذا أوضحه فمات وارش الموضحة
يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت الشعر سقط ارشها والدية وجبت بفوات
الشعر وقد تعلقا جميعا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء في الكل كمن
قطع اصبع رجل فشلت يده (بخلاف اذهاب السمع أو البصر أو النطق) أي
لو شجه موضحة فذهب أحد هذه الاشياء لا يدخل ارش الموضحة في ارش واحد منها
لان كلا منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة
بخلاف العقل لان نفعه عائد الى جميع الاعضاء كما مر (طريق معرفة ذهاب
السمع ان يترك المجني عليه حتى يغفل ثم ينادي ان أجاب أو التفت علم انه لم يذهب)
كذا في الفتاوى الصغرى (وطريق معرفة ذهاب البصر ان يرى أهل البصيرة فان

قالوا بذهابه وجب الدية وان قالوا لا ندرى اعتبر الدعوى والانكار) بأن يقول المجنى عليه للجانى أذهبت بصرى فاذا أنكر يطالب المدعى بالبينة فاذا عجز (فيكون القول للضارب مع يمينه على البتات دون العلم) أى يحلف بأن هذه الجناية لم تصدر عنه فان نكل حكم عليه ذكره فى الصغرى أيضا (لا قود فى اذهاب عينيه بل دية الموضحة والعينين) يعنى شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص فيه بل تجب الدية فيهما لان سراية الفعل مع ابتداء الفعل كشئ واحد فان السراية لا تنفصل عن الجناية وقد اتحد المحل من وجه بواسطة اتصال أحدهما بالآخر واذا لم يكن آخر الفعل موجبا للقود لا يكون أوله موجبا له لانه بالنظر الى الابتداء ان كان عمدا فبالنظر الى الانتهاء خطأ فصار خطأ من وجه دون وجه فلا يكون موجبا للقود للشبهة (ولا بقطع اصبع شل جاره) لانه أيضا من قبيل السراية (بل الدية فيهما) لان القصاص لما سقط وجب ارش كل منهما لكونهما عضوين مستقلين (أو اصبع) أى لا قود أيضا فى اصبع (قطع مفصله الاعلى فشل ما بقى) لانه أيضا من قبيل السراية (بل دية المفصل) لانه مقدر شرعا (فقط) ان لم ينتفع بما بقى (والحكومة فيما بقى) لانتفاء التقدير الشرعى فيه (ان انتفع به) وانما كان كذلك لكونهما عضوا واحدا ذكره الزيلعى (ولا) قود أيضا (بكسر نصف سن) اسود باقيها أو احمر أو اخضر أو دخلها عيب بوجه ما (بل يجب) (كل دية السن) كذا فى الكافى وقال فى الخلاصة ثم فيما اذا اخضرت أو اسودت أو احمرت انما تجب الدية (اذا فات منفعة المضغ والا فلو) كان السن (مما يرى) حال التكلم (تجب) الدية (أيضا) أى كما فى الوجه الاول (والا فلا شئ) وعلى هذا لا يبقى كلام الكافى على اطلاقه (واختلف فى الاصفرار والمختار الدية) كما فى سائر الالوان كذا فى الخلاصة (اقاد) يعنى نزع رجل سن رجل فانتزع المنزوع سنه سن النازع (فنبت سن الاول أو قلعها) أى قلع رجل سن رجل (فردت الى مكانها ونبت عليها اللحم وجب الارش فى الصورتين) أما فى الاول فلانه تبين ان الاستيفاء كان بغير حق لكن لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فانعدمت الجناية وأما فى الثانية فلان نبات اللحم لا اعتبار له لان العروق لا تعود (وكذا الاذن) يعنى اذا قطع اذنه فألصقها فالتحمت يجب الارش لانها لا تعود الى ما كانت عليه (لا) أى لا يجب (الارش ان قلعت سن فنبتت أخرى) لان الجناية قد زالت ولهذا لو قلع سن صبى

بصره اه قلت ويمكن اختباره بالقاء حية ميتة بين يديه غفلة ونحوها (قوله بل دية المفصل فقط ان لم ينتفع بما بقى والحكومة فيما بقى ان انتفع به) مصوفا نه أوجب الحكم مخالفا المنقول المذهب وليس صحيحا فانه نقل فى النهاية عن شرح الطحاوى اذا قطع من اصبع مفصلا واحدا فشل الباقى من الاصبع أو الكف لا يجب القصاص ولكن تجب الدية فيما شل منه ان كان أصبعا فدية الاصبع وان كان كفا فدية الكف وهذا بالاجماع اه وقال فى غاية البيان واجمعوا انه لو قطع مفصلا من اصبع فشل الباقى أو قطع الاصابع فشلت الكف فانه يجب فى الكل الارش ويجعل كله جناية واحدة اه فقول المصنف بل دية المفصل فقط ان لم ينتفع بما بقى والحكومة فيما بقى ان انتفع به لا يستقيم وهذا أول شئ فتح الله سبحانه على به وكتبته فى سنة ست عشرة والف فله الحمد والمنة (قوله ذكره الزيلعى) لم يذكره الزيلعى فان عبارته وان كان عضوا واحدا بان قطع الاصبع من المفصل الاعلى فشل ما بقى منها يكتفى بارش واحد ان لم ينتفع بما بقى وان كان ينتفع به تجب دية المقطوع وتجب حكومة عدل فى الباقى بالاجماع وكذا اذا كسر نصف السن واسود ما بقى أو اصفر أو احمر تجب دية السن كله بالاجماع اه فان قيل لا مخالفة بينه وبين كلام الزيلعى لان الزيلعى قال يكتفى بارش واحد ان لم ينتفع بما بقى وهو مفهوم عبارة المصنف التى هى بل دية المفصل فقط ان لم ينتفع بما بقى قلت قول الزيلعى يكتفى بارش واحد ان لم ينتفع بما بقى المراد به ارش اصبع بدليل قوله وكذا اذا كسر نصف السن الخ وأما قول المصنف بل دية المفصل فقط فلا يفيد ذلك بل دية المفصل لا دية باقى الاصبع أيضا لانه قابله بقوله والحكومة فيما بقى لانتفاء التقدير الشرعى فيه ان انتفع به اه (قوله فنبت سن الاول) يعنى كما كان أما اذا نبت معوجا فعليه حكومة عدل عن أبى حنيفة ولو نبت الى النصف فعليه نصف الارش اه (قوله وجب الارش فى الصورتين) المراد بالارش فى الاولى ديتها لما فى الخانية انه خمسمائة اه ولعله كذلك فى الثانية لما فى التبيين انه على القاطع كمال الارش ثم قال وفى النهاية قال شيخ الاسلام رحمه الله هذا اذا لم تعد الى حالها الاول بعد النبات فى المنفعة والجمال وأما اذا عادت فلا شئ عليه

فنبت فى مكانها اخرى لا يلزمه شئ بالاجماع لعدم فساد المنبت حيث نبت مكانها اخرى فلم تفت المنفعة ولا الزينة (أو التحم شجة) يعنى شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش لزوال الشين الموجب له (أو جرح بضرب) يعنى ان ضرب رجلا مائة سوط مثلا فجرحه وبرئ ولم يبق أثر سقط الارش لزوال الشين (ولم يبق أثر) قيد للصورتين (صبى ضرب سن صبى فانتزعها ينتظر بلوغ المضروب ان بلغ ولم تنبت تجب على عاقلته الدية ولو من العجم ففى ماله) كذا فى الخلاصة وسيأتى فى كتاب المعاقل انه المختار (لطم) رجل (رجلا فكسر بعض اسنانه يستحق) المضروب (من الضارب ذلك القدر) كذا فى الخلاصة وطريقه أن يبرد بالمبرد حتى يكون سنه مثل سن المضروب فان قلت هذا ليس بعمد بل شبهه وقد مر ان لا قود فيما دون العمد قلت قد مر أيضا ان شبه العمد فيما دون النفس عمد فلا تغفل (لا يقاد جرح الا بعد برء) لقوله صلى الله عليه وسلم يستأنى فى الجراحات سنة أى ينتظر ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لاحتمال السراية الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء (عمد المجنون والصبى خطأ وعلى عاقلتهما الدية) لما روى عن على كرم الله وجهه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطؤه سواء ولان الصبى مظنة العذر والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجب الدية على العاقلة فالصبى وهو اعذر أولى بهذا التخفيف (ان لم يكن من العجم) وان كان منهم ففى ماله لما مر انه المختار (بلا كفارة) لانها كاسمها ستارة ولا ذنب لهما تستره لانهما مرفوعا القلم (ولا حرمان ارث) لانه عقوبة وهما ليسا من أهلها

{فصل * ضرب بطن امرأة حرة} احتراز عن الامة وسيأتى حكمها (فالقت جنينا ميتا وجبت غرة هى نصف عشر دية الرجل) وهو خمسمائة درهم (لو) كان الجنين (ذكرا وعشر دية المرأة لو) كان الجنين (انثى) وهى أيضا خمسمائة درهم لما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال فى الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة وروى او خمسمائة فيكون الغرة نصف عشر الدية انما سمى الرقيق غرة لانه غرة ما يملك أى خيره وافضله واطلق الغرة وهى الوجه على الجملة كما قيل رقبة كذا فى الفائق (فى سنة) لما روى عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى انه قال بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل على العاقلة فى سنة (وتقسم بين ورثته سوى ضاربه) ان كان وارثا لما مر ان القاتل لا يرث (ولا كفارة عليه) اى الضارب لان فيها معنى العقوبة وقد عرفت انها فى النفوس المطلقة فلا تتعداها (ودية) عطف على غرة أى وفيه دية واحدة (ان كان حيا فمات) لانه اتلف حيا بالضرب السابق (وديتان ان كان) المضروب (جنينين فماتا) لان الجزاء يتعدد بتعدد الجناية (وغرة ودية ان كان الجنين (ميتا فماتت الام) الغرة للجنين والدية للام (ودية الام فقط ان ماتت الام (فالقت) جنينا (ميتا) لان موت الام سبب لموته ظاهرا لان حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها (وديتان ان القت حيا فمات) دية للام ودية للجنين لانه قتلهما فصار كما اذا القته حيا ومات (وفى جنين الامة نصف عشر قيمته فى الذكر وعشر قيمته

(قوله وبرئ ولم يبق أثر سقط الارش) هذا قول أبى حنيفة وقال ابو يوسف عليه ارش الالم وهو حكومة عدل وقال محمد عليه اجرة الطبيب وفى شرح الطحاوى فسر قول ابى يوسف عليه ارش الالم باجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا لا خلاف بين أبى يوسف ومحمد كذا فى التبيين (قوله ضرب سن صبى فانتزعها ينتظر بلوغ المضروب) قيد بالصبى لما فى النهاية الصحيح انه يستأنى فى سن البالغ حتى يبرأ لان نباته نادر ولا يفيد تأجيله الى سنة فيؤخر الى البرء ليعلم عاقبته وعزاه الى التتمة كذا فى التبيين (قوله لطم رجلا فكسر بعض اسنانه) قدم فى باب القود فيما دون النفس ما يغنى عنه وقدمنا تقييد القصاص فى كسر بعض السن بما اذا كان عرضا وقال فى الخلاصة بعد ما نقله المصنف عنها انه ان كان كسرا مستويا يستطاع فى مثله القصاص اقتص منه بمبرد وان كان كسرا منثلما ليس بمستو بحيث لا يستطاع ان يقتص مثله فعليه ارش ذلك اه (قوله لما مر انه المختار) الضمير للاستثناء

{فصل}

(قوله جعل على العاقلة فى سنة) أى قضى بالغرة على العاقلة فى سنة لما قال الزيلعى لنا ما روى عن محمد بن الحسن أنه قال بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة على العاقلة فى سنة (قوله وفى جنين الامة الخ) قال فى البرهان وما يجب من المال فهو فى مال الضارب حالا وقال ابو يوسف يجب نقص قيمة الام ان تمكن فيها نقص وان لم يتمكن لا يجب شئ كالبهيمة اهـ

في الانثى) لان القيمة في الامة كالدية في الحرة ولا يلزم منه كون الواجب في الانثى أكثر من الواجب في الذكر فيما اذا كان قيمة الجارية أكثر من قيمة الغلام لانه نادر والغالب ان قيمته تزيد على قيمتها بكثير حتى ان قومت جارية بألف درهم قوم غلام مثلها في الصفات المرغوبة بألفي درهم فلا تلزم الاكثرية هذا اذا كان الجنين من غيره مولاها ومن غير المغرور وأما اذا كان من أحدهما ففيه الغرة المذكورة في جنين الحرة ذكرا كان أو انثى لانه حر ذكره الزيلعي (فان ضربت فاعتق سيدها) وقع في عبارة الوقاية سيده كأنه سهو من الناسخ لان الضمير للحمل وهو مؤخر مطلقا (حملها فالقته فمات وجب قيمته حيا لا ديته) لان قتله بالضرب السابق وهو كان في حالة الرق وقد مر ان العبرة بحالة الرمي لا الوصول ويلزم منه كون القيمة للمولى لا لورثته (وما استبان بعضه كالتام) أي الجنين الذي استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام (فيما ذكر) من الاحكام لاطلاق ما روينا (امرأة اسقطت ميتا بدواء أو فعل) كضربها بطنها مثلا (ففيه الغرة) تجب على عاقلتها في سنة واحدة (الا ان يكون باذن الزوج) فحينئذ لا يلزم شئ (ولو امرت امرأة ففعلت لا تضمن المأمورة) كذا في الخلاصة

﴿ باب ما يحدث في الطريق وغيره ﴾

(أحدث في طريق العامة كنيفا) وهو المستراح (أو ميزابا) وهو مجرى الماء (أو جرصنا) وهو مجرى ماء يركب في الحائط وقيل جذع يخرج من الحائط ليبنى عليه (أو دكانا جاز) احداثه (ان لم يضر بهم ولكل) من المارة (نقضه) لان كلا منهم صاحب الحق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك (وفي طريق الخاصة) بان يكون غير نافذ (لا) أي لا يجوز احداث شئ منها (بلا اذن الشركاء وان لم يضر) لانه كالملك الخاص بهم (وضمن دية من مات بسقوطها) عليه لانه صار سببا لموته (كما لو وضع حجرا أو حفر بئرا في الطريق أو) في (غير ملكه فتلف به نفس و) ضمن (قيمة بهيمة تلفت) بواحد من المذكورات (ان لم يأذن به الامام) فان الضمان في جميع ما ذكر باحداث شئ في طريق العامة انما يكون

(قوله وأما اذا كان من أحدهما ففيه الغرة) يعني وتكون على العاقلة لما تقدم (قوله وهو مؤخر مطلقا) أي لفظا ورتبة وليس من المواضع التي استثنيت من عود الضمير على متأخر لفظا ورتبة وهذا على النسخة التي وقعت للمصنف وأما النسخة الصحيحة من نسخ صدر الشريعة التي فيها تأنيث الضمير فلا اشكال لانها مثل قول المصنف فأعتق سيدها (قوله امرأة اسقطت ميتا بدواء أو فعل) يعني عمدا والا فلا شئ عليها وفي حق غيرها لا يشترط قصد اسقاط الولد كما في الخانية (قوله الا أن يكون باذن الزوج) كذا قال الزيلعي اذا فعلت ذلك باذن الزوج لا تجب الغرة لعدم التعدي اهـ وأقول هذا يتمشى على الرواية الضعيفة لا على الصحيح لما قال في الكافي قال لغيره اقتلني فقتله تجب الدية في ماله في الصحيح لان الاباحة لا تجري في النفوس وسقط القصاص للشبهة باعتبار الاذن وفي رواية لا يجب شئ لان نفسه حقه وقد اذن باتلاف حقه اهـ فكذا الغرة أو دية الجنين حقه غير أن الاباحة منتفية فلا تسقط الغرة عن عاقلة المرأة بمجرد أمر زوجها باتلاف الجنين لان أمره لا يعزل عن فعله فانه اذا ضرب بطن امرأته فألقت جنينا لزم عاقلته الغرة ولا يرث منها صرح به الزيلعي وغيره فلو نظرنا لكون الغرة حقه لم يجب بضربه شئ لكن لما كان الآدمي لا يملك أحد اهدار آدميته لزم ما قدره الشارع باتلافه واستحقه غير الجاني الا ترى انه لو أودع عبده صبيا فقتله الصبي تضمنه عاقلته مع كونه ملكا لمولاه وقد سلط الصبي على اتلافه بوضعه عنده ولم تهدر آدميته به فلزم عاقلته موجب جنايته بخلاف ما اذا أودع الصبي طعاما فأكله أو أتلفه لا ضمان عليه هذا ما ظهر لي تحريره بحمد الله (قوله ولو أمرت امرأة الخ) فيه ما في أمر الزوجة وقد علمته بل اللزوم هنا أظهر لعدم أمر الزوج وبطلان الامر لو يكن

﴿ باب ما يحدث الرجل في الطريق وغيره ﴾

(قوله ولكل من المارة نقضه) هذا اذا كان ممن يملك التصرف ولو بالاذن كالصبي والعبد بخلاف المحجور عليهما ولو كان ليس له مثله ولم يأذن الامام له باحداثه كما سيذكره المصنف ونص عليه في شرح المجمع (قوله لانه كالملك الخاص بهم) كان ينبغي أن يقال لانها مملوكة لهم كما هي عبارة الهداية (قوله وضمن دية من مات بسقوطها) يعني مع عاقلته لا عليه وحده وهذا اذا أصابه الطرف الخارج لان به التعدي لا الداخل ولو اصاباه وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف ولو لم يعلم ففي القياس لا يجب شئ وفي الاستحسان يضمن النصف وبقية تفاريع المسئلة من اذن الفعلاء بالبناء وغيره في التبيين والهداية فليراجع (قوله وضمن قيمة بهيمة) أي في ماله خاصة

(قوله لا ان أذن) معطوف عليه قوله بعده أو مات واقع في بئر طريق جوعا وقيد بالجوع لا للاحتراز عن العطش لانه مثله بل لان الغالب انه لا يموت في البئر عطشا (قوله أو غما بضم الغين الكربة) قال في شرح المجمع بفتح الغين المعجمة وهو أن يكون النفس مأخوذا من الحر نصبه على الحالية او التمييز أو مفعول له اه (قوله وعند أبي يوسف الخ) لم يذكر قول محمد وعنده يضمن في الوجوه كلها كما في الهداية (قوله فعطب به رجل) يعني أو مال (قوله فسقط شئ منها على آخر فتلف به فانه يضمن) وكذا لو تعثر به بعد الوقوع كما في التبيين (قوله أو أدخل حصيرا أو قنديلا الخ) هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا ضمان عليه وبقولهما يفتى ذكره في الذخيرة كما في البرهان وفي كلام المصنف اشارة الى انه فعل ذلك بلا اذن أهل المسجد اما لو كان باذنهم فلا ضمان عليه اتفاقا كما لو كان من أهل المحلة وعلق القنديل للاضاءة اما لو علقه للحفظ فيضمن اتفاقا كما في شرح المجمع (قوله أو جلس في مسجد غير مصل الخ) قال قاضيخان وهو الصحيح وقيل على قول أبي حنيفة رحمه الله انما يضمن اذا كان الجالس مشغولا بعمل لا يكره في المسجد كدرس الفقه وقراءة القرآن والحديث واما اذا كان معتكفا أو كان جالسا لانتظار الصلاة لا يكون ضامنا عند الكل اه وفي التبيين وان جلس فيه رجل منهم فعطب به أحد ضمن ان كان في غير الصلاة وان كان فيها لا وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه في الصلاة أو غيرها أو مر فيه أو قعد فيه للحديث فهو على هذا الاختلاف ثم قال وذكر صدر الاسلام ان الاظهر ما قالاه لان الجلوس من ضرورات الصلاة فيكون ملحقا بها لان ما ثبت ضرورة الشئ يكون حكمه كحكمه اه (قوله وان لم يكن مصليا الخ) قد علمت انه قول الامام ان الاظهر ما قالاه من عدم الضمان وقال الزيلعي وصاحب البرهان الصحيح عن أبي حنيفة كقولهما انه لا ضمان على المنتظر للصلاة نص عليه شمس الائمة السرخسي في الجامع الصغير (قوله وطالب نقضه مسلم أو ذمي الخ) يعني من أهل الطلب فخرج العبد والصبي المحجور عليهما الا انهما ليسا علكه من أهل المطالبة بحقهما فكذا بحق العامة الا ان أذن لهما في الخصومة كما في التبيين (قوله والمكاتب) قال الزيلعي ثم ان أتلف حال بقاء الكتابة تجب عليه قيمته لتعذر الدفع وبعد عتقه على عاقلة المولى وبعد العجز لا تجب على أحد لعدم قدرة المكاتب وعدم الاشهاد على المولى

اذا لم يأذن به الامام (لا ان أذن أو مات واقع في بئر طريق جوعا أو غما) بضم الغين الكربة والمراد هنا اختناق من هواء البئر وعند أبي يوسف ان مات غما يجب الضمان لان الغم بسبب الوقوع (نحى حجرا وضعه آخر) فعطب به رجل ضمن المنحي لان فعل الاول انتسخ بفعله فالضمان عليه (كمن حمل على رأسه أو ظهره شيأ في الطريق فسقط) شئ منهما (على آخر) فتلف به فانه يضمن (أو أدخل حصيرا أو قنديلا أو حصاة في مسجد غيره) فسقط شئ منها فتلف به انسان ضمن قيد بمسجد غيره لانه ان كان مسجد حيه لم يضمن لان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله لا لغيرهم كنصب الامام واختيار المتولي ونحو ذلك فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة (أو جلس في مسجد) سواء كان مسجد حيه أو مسجد غيره حال كونه (غير مصل فعطب به أحد) بان سقط عليه أعمى فتلف يضمن قيد بكونه غير مصل لانه لو كان مصليا سواء صلى الفرض أو النفل لم يضمن لان المسجد انما بني للصلاة وان لم يكن مصليا سواء جلس لقراءة القرآن او للتعليم أو للصلاة أو نام فيه أثناء الصلاة ضمن (لا) أي لا يضمن (من سقط منه رداء لبسه) على انسان فعطب به قيد باللبس لانه ان كان حاملا له فسقط على انسان فعطب به أو سقط فعثر به انسان ضمن والفرق أن حامل الشئ يقصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة بخلاف اللابس فلو قيد بما ذكر لزم الحرج فجعل مباحا مطلقا (وضمن ذو حائط مال الى طريق العامة وطالب نقضه مسلم أو ذمي) رجل أو امرأة حر أو مكاتب لان الناس في المرور في الطريق شركاء وطريق الطلب أن يقول اني تقدمت الى هذا الرجل لهدم حائطه وهذا القدر يكفي ولا حاجة الى الاشهاد وذكره في الكتب ليتمكن من الاثبات عند الانكار (ممن) متعلق بطالب (يملكه) أي النقض (كالراهن للحائط فانه (يملكه بفكه) أي بفك الرهن وارجاع المرهون الى يده (وأب الطفل والوصي) فان لهما ولاية التصرف في مال الصبي (والمكاتب) لانه مالك يدا فولاية النقض له (والعبد التاجر) ولو مديونا لان ولاية النقض له ثم ما تلف بالسقوط ان كان مالا فهو في رقبته وان كان نفسا فعلى عاقلة المولى لو له عاقلة لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال أليق بالعبد وضمان النفس بالمولى (فلم ينقض) من

ملكه (في مدة يمكن) أي نقضه (فيها) أي في تلك المدة (مالا) مفعول ضمن (وعاقلته) عطف على ضمير ضمن وجاز للفصل (نفسا) مفعول ضمن المقدر (تلفا) أي المال والنفس (به) أي بذلك الحائط (لا) أي لا يضمن (من أشهد عليه فباع داره وقبضه المشتري أولا) كذا في الكافي وليس في الهداية لفظ أولا (فسقط الحائط بعد البيع فتلف به مال أو نفس وانما لم يضمن لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع ولا ضمان على المشتري اذ لم يشهد عليه الا ان يشهد عليه بعد شرائه فحينئذ يضمن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد الطلب (أو طلب من لا يملك نقضه) أي لا يضمن من لا يملك نقضه وان طلب منه (كالمرتهن والمستأجر والمودع والساكن) لعدم قدرتهم على التصرف (مال) الحائط (الى دار رجل فله الطلب) لان الحق له (فيصح تأجيله وابراؤه منها) أي من الجناية (لان مال الى الطريق فأجله القاضي أو الطالب) لانه حق العامة فلا يجوز لهما ابطاله (وان بني مائلا بدأ ضمن بلا طلب كما في اشراع الجناح) وهو اخراج الجذوع من الجدار الى الطريق والبناء عليه (ونحوه) كالكنيف مثلا (حائط لخمسة طلب نقضه من أحدهم وسقط على رجل فعطب به (ضمن عاقلته) أي عاقلة المطلوب منه (خمس الدية) لان الطلب صح في الجلس فيكون متعديا فان قيل الواحد من الشركاء لا يقدر أن يهدم شيأ من الحائط فكيف يصح الطلب منه قلنا ان لم يتمكن من هدم نصيبه يتمكن من اصلاحه بوجه وهو المرافعة الى الحكام وبه يحصل الغرض فان ترك ضمن العاقلة (كما ضمنوا) أي العاقلة (ثلثيها ان حفر أحد ثلاثة في دارهم بئرا أو بنى حائطا) فعطب به انسان لان الحافر والباني في الثلثين متعد

(قوله وعاقلته عطف على ضمير ضمن) الصواب انه عطف على ذو حائط وليس فيه ضمير لكونه عاملا في ظاهر

(باب جناية البهيمة والجناية عليها)

الاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة بشرط السلامة ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراز عنه لا فيما لا يمكن لان تقييده بها مطلقا يؤدي الى المنع من التصرف وسد بابه وهو مفتوح اذا تقرر هذا فنقول (ضمن الراكب في طريق العامة ما وطئت دابته وما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت) أي عضت بمقدم أسنانها (أو خبطت) أي ضربت (بيدها أو صدمت) أي ضربت بنفسها شيأ يقال اصطدم الفارسان اذا ضرب أحدهما الآخر بنفسه فان الاحتراز عن هذه الاشياء ممكن لانها ليست من ضرورات السير فقيد بشرط السلامة عنها (فلو حدثت) هذه الاشياء (في السير في ملكه لم يضمن) لانه غير متعد (الا في الوطء) وهو راكبها لان الايطاء مباشرة لانه قتله بثقله حتى يحرم الميراث وتلزمه الكفارة وغيره سبب وفيه يشترط التعدي فصار كحفر البئر في ملكه وفي المباشرة لا يشترط (ولو) حدثت (في السير في ملك غيره فلو كان سيره (باذنه) أي باذن الغير (كان ذلك الملك كملكه) والسير فيه كالسير في ملكه حيث لا ضمان عليه (والا) أي وان لم يكن باذنه (ضمن ما تلف مطلقا) لانه متعد

(قوله والا أي وان لم يكن باذنه ضمن ما تلف مطلقا) أي اذا كان معها كما هو ظاهر كلامه أو ادخلها وأما اذا لم يكن معها ولم يدخلها لا يضمن شيأ كما في التبيين

(لا ما نفحت) عطف على قوله ما وطئت دابته نفح الدابة بالحاء المهملة ضربها بحد
حافرها أى لا يضمن ما نفحت (برجلها أو ذنبها سائرة) إذ لا يمكن الاحتراز عنها مع
سيرها حتى لو أوقفها فى الطريق ضمن لامكان الاحتراز عن الايقاف وإن لم يمكنه
عن النفحة فصار متعديا بالايقاف (أو عطب بما راثت أو بالت فى الطريق سائرة)
فإنه لا يضمن أيضا لما مر من امتناع الاحتراز أو أوقفها له فإن بعض الدواب لا يفعل
ذلك الا بعد الوقوف (فلو أوقفها لغيره ضمن) لانه متعد بالايقاف (الا) أن يكون
الايقاف (فى موضع اذن) من قبل الامام (بايقافها فيه) فحينئذ لا يضمن لعدم
التعدى وإن أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا
ففقأ عينا أو أفسد ثوبا لا يضمن) لتعذر الاحتراز (وبالكبير يضمن) لامكان
الاحتراز (ضمن السائق) للدابة (والقائد) لها (ما أصابت بيدها لا برجلها) أى
فى كل صورة يضمن فيها الراكب يضمن فيها السائق والقائد لانهما مسببان
كالراكب فى غير الايطاء فيجب فيهما الضمان بالتعدى كالراكب وهذا الحكم
مطرد ومنعكس فى الصحيح وذكر القدورى ان السائق يضمن النفحة بالرجل لانها
بمرأى عينه فيمكنه الاحتراز عنها مع السير وغائبة عن بصر الراكب والقائد فلا
يمكنهما الاحتراز عنها وعليه بعض المشايخ وأكثرهم على الاول (وعليه) أى الراكب
(الكفارة) لانه مباشر وهى حكم المباشرة (ولا يرث) ان كان المقتول مورثه لذلك
أيضا (بخلافهما) أى السائق والقائد حيث لا كفارة عليهما ولا يرثان لانهما مسببان
والكفارة وحرمان الارث ليسا من أحكام التسبب (ضمن عاقلة كل من فارس
أو راجل) ذكر الراجل فى المبسوط وغيره (دية الآخر ان اصطدما) وقد مر معنى
الاصطدام (وماتا ولم يكونا من العجم) حتى لو كانا منهم وجب الدية فى مالهم كما مر
مرارا (أو كان) أى الاصطدام (خطأ) لان موت كل منهما مضاف الى فعل صاحبه
لان فعله فى نفسه مباح وهو المشى فى الطريق فلا يعتبر فى حق الضمان بالنسبة الى
نفسه لانه مباح مطلقا فى حق نفسه ولو اعتبر لوجب نصف الدية فيما اذا وقع فى بئر
قارعة الطريق اذ لولا مشيه وثقله فى نفسه لما هوى فى البئر وفعل صاحبه وان كان
مباحا لكنه مقيد بشرط السلامة فى حق غيره فيكون سببا للضمان عند وجوب التالف
به وفيه خلاف زفر والشافعى (ولو) كان الاصطدام (عمدا فنصفها) أى الواجب
نصف الدية اتفاقا لان كلا منهما مات بفعله وفعل الآخر فيعتبر نصف الدية ويهدر
النصف كما اذا جرح كل منهما نفسه وصاحبه ولم يذكر فى الهداية والكافى صورة
العمد صريحا بل فى ضمن دليل الخصم ولهذا قال فى الكفاية يجب نصف الدية فى
العمد على عاقلة كل واحد وفى الخطأ تجب الدية الكاملة على ما ذكر فى الكتاب
خلا انه ذكر الخطأ فى وضع المسئلة والعمد فى بيان قول الخصم (ولو) كان
المصطدمان (عبدين يهدر دمهما) لان الجناية تعلقت برقبتهما دفعا وفداء وقد
فاتت لا الى خلف (ولو) كان (أحدهما حرا والآخر عبدا فعلى عاقلة الحر
المقتول (قيمة العبد فى الخطأ) فيأخذها ورثة الحر المقتول اذ على أصل أبى حنيفة
ومحمد رحمهما الله تعالى تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمى عندهما فقد

(قوله وان أصابت بيدها الخ) قال فى
البرهان والراكب والرديف والسائق
والقائد فى الضمان سواء (قوله ضمن
السائق للدابة والقائد ما أصابت بيدها
لا رجلها) المراد بقوله لا رجلها النفحة بها
لا وطؤها بها لقوله كل صورة يضمن فيها
الراكب يضمن فيها السائق والقائد
(قوله فيجب فيهما الضمان بالتعدى)
ينبغى أن تكون العبارة فيجب عليهما
(قوله وعليه بعض المشايخ) يعنى مشايخ
العراق كما فى التبيين (قوله وأكثرهم على
الاول) قال الشيخ أكمل الدين يريد مشايخ
ماوراء النهر فحصله انه لا ضمان على
القائد فى النفحة اتفاقا وخالف القدورى
فى السائق والصحيح انه كالقائد كما قدمه
المصنف وفى المواهب والجوهرة انه الاصح
(قوله وعليه أى الراكب الكفارة الخ)
قال الزيلعى ومراده فى الايطاء واليه
الاشارة بلانه مباشر (قوله أو راجل دية
الآخر ان اصطدما وماتا) هذا اذا وقع
كل منهما على قفاه وان على وجههما فلا
شئ وان أحدهما على قفاه والآخر على
وجهه فدم الذى وقع على وجهه هدر
وهذا بخلاف تجاذب الحبل فعلى عاقلة
كل دية الآخر اذا وقعا على وجوههما
وان وقع أحدهما على وجهه والآخر
على قفاه فدية الذى على قفاه هدر لانه
سقط بفعل نفسه ودية الآخر على عاقلة
الآخر كما فى الولوالجية (قوله ولو عبدين
يهدر دمهما) سواء كان ذلك عمدا أو خطأ
كما فى البرهان

أخلف العبد الجانى بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف (ونصفها فى العمد) أى يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون فى العمد النصف وهذا القدر يأخذه ولى المقتول وما على العبد فى رقبته وهو نصف دية الحر يسقط الا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة (وضمنها) اى الدية (عاقلة سائق دابة وقع بعض أدواتها) كالسرج واللجام ونحوهما (على رجل فمات) لانه مما يمكن التحرز عنه اذ سقوطه اما لعدم شده عليها أو لعدم احكامه (و) ضمن أيضا عاقلة (قائد قطار وطئ بعير منه رجلا فمات) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير فيه الا أن ضمان النفس على العاقلة وضمان المال فى ماله كذا فى الكافى (ولو معه) اى مع القائد (سائق فى جانب الابل ضمنا) ان لم يكن لهما عاقلة وان كانت ضمن عاقلتهما لان القائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة (وأما اذا) لم يكن فى جانب الابل بل (توسطها) أى دخل بين الابل (وأخذ زمام واحد) منها (ضمن وحده) ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما عطب بما هو بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانقطاع الزمام والسائق يسوق ما كان أمامه (قتل بعير ربط على قطار يسير بلا علم قائده) متعلق بربط (رجلا) مفعول قتل (ضمن عاقلة القائد الدية) لانه قائد للكل فيكون قائدا لذلك البعير والقود سبب لوجود الضمان ومع تحقق سبب الضمان منه لا يسقط الضمان بجهله (ورجعوا) أى العاقلة (بها) أى بالدية (على عاقلة الرابط) لان الرابط هو الذى أوقعه فى هذا الضمان حيث ربطه بالقطار وهو متعد فيما صنع فصار فى التقدير هو الجانى (فلو ربط والقطار واقف ضمنها) أى الدية (عاقلة القائد بلا رجوع) لانه قاد بعير غيره بلا اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجعون بما لحقهم على أحد غاية الامر انه متعد بالربط والايقاف على الطريق لكنه زال بالقود فصار كما لو وضع حجرا وحوله غيره (كذا اذا علم القائد) بالربط لا يرجعون على عاقلة الرابط بما لحقهم من الضمان لان القائد رضى به والتلف قد اتصل بفعله فلا يرجع به (أرسل كلبا أو طيرا وساقه) أى مشى خلفه معه وان لم يمش خلفه فما دام فى فوره فهو سائق له فى الحكم فيلحق بالسوق وان تراخى انقطع السوق ذكره الزيلعى (فأصاب فى فوره ضمن فى الكلب) ما أتلفه لانه محمول عليه من جهته فأضيف فعله اليه كالمكره يضاف فعله الى المكره فيما يصلح آلة له (لا) أى لا يضمن (فى الطير) أى البازى والفرق ان الكلب يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمله فصار وجود السوق وعدمه سواء (ولا كلب لم يسقه) لعدم سبب الضمان (ولا دابة منفلتة أصابت نفسا أو مالا ليلا أو نهارا) لقوله صلى الله عليه وسلم جرح العجماء جبار أى هدر وهى المنفلتة ولان الفعل لم يضف اليه اذ لم يوجد منه ما يوجب النسبة اليه من الارسال والسوق ونحوهما له كلب يأكل عنب الكروم واشهر عليه فيه ولم يحفظ حتى أكل العنب لم يضمن وانما يضمن اذا اشهر عليه فيما يخاف منه تلف بنى آدم كالحائط المائل ونطح الثور وعقر الكلب العقور فيضمن اذا لم يحفظ (ضرب دابة عليها راكب

(قوله ضرب دابة عليها راكب أو نخسها) يعنى بلا أمر ولو كان غيره كما فى البرهان

(باب جناية الرقيق والجناية عليه) (قوله ولم يجز الاسترقاق لكونه مباح الدم) لعل المراد نفي الدفع بموجب الجناية لان موجبها القصاص ولا يصح أن يراد به نفي الدفع فداء عن الجناية لانه يصح كما صرح به الزيلعي في قوله عبد قطع يد حر عمدا فليتأمل (قوله وفيما دونهما كالخطأ) لم يذكر ما ثبت به الخطأ وفي البدائع وهذه الجناية تظهر بالبينة واقرار المولى وعلم القاضي ولا تظهر باقرار العبد محجورا كان أو مأذونا واذا لم يصح اقراره لا يؤخذ به لا في الحال ولا بعد العتق وكذلك لو أقر بعد العتاق أنه كان جنى في حال الرق لاشئ عليه اه وقول البدائع أو علم القاضي على غير المفتى به لان الفتوى على عدم العمل بعلم القاضي في زماننا كما في الاشباه والنظائر عن جامع الفصولين (قوله لكن الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح) كذا في الهداية والتبيين وقال فخر الاسلام البزدوي الصحيح ان الواجب الاصلي هو الفداء كما في السراج والجوهرة (قوله ولهذا سقط الواجب بموت العبد) أي سواء مات بآفة سماوية أو بعثه المولى في حاجة فعطب فيها أو استخدمه كما في النهاية عن المبسوط وفي البدائع هذا يعني القول بسقوط الواجب بالموت يدل على ان قول من يقول حكم هذه الجناية تخيير المولى بين الدفع والفداء ليس بسديد لانه لو كان كذلك لتعين الفداء عند هلاك العبد ولم يبطل حق المجني عليه على ما هو الاصل في المخير بين شيئين اذا هلك أحدهما انه يتعين عليه الآخر اه (قوله وأما الفداء فلانه بدل العين فيكون في حكمه) قال في الظهيرية ولا يلزم من كونه في حكمه القدرة عليه لصحته من المفلس اختياره عند قاض أو غيره اه وهذا عند أبي حنيفة لانه اختار أصل حقهم فبطل حقهم في العبد لان ولاية التعيين للمولى لا للاولياء وقالا لا يصح اختياره الفداء اذا كان مفلسا الا برضا الاولياء كذا في التبيين ولا يخفى ان قوله لانه اختار أصل حقهم انما هو على أحد الاختيارين فيه

أو نخسها) أي طعنها بعود ونحوه (فنفحت أو ضربت بيدها شخصا آخر) غير الطاعن (أو نفرت) من ضربه أو نخسه (فصدمته وقتلته ضمن هو) أي الضارب والناخس (لا الراكب) لانه المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الناخس متعد في التسبيب والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان موقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف أيضا (وان نفحت الناخس فأهلكته كان دمه هدرا) لانه كالجاني على نفسه (وان ألقت الراكب فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس) لانه متعد في تسببه ثم الناخس انما يضمن اذا كان الوطء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فوره فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب (و) ضمن (في فقء عين شاة القصاب ما نقصها) لان المقصود منها اللحم فلا يعتبر فيها النقصان الا بحسبه (و) ضمن (في عين بقر جزار وجزوره) أي ابله (والحمار والبغل والفرس ربع القيمة) لما روى انه صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان اقامة العمل بها انما تمكن بأربع أعين عيناها وعينا المستعمل لها فصارت كأنها ذات أعين أربع فيجب الربع بفوات أحدها

باب جناية الرقيق والجناية عليه

(جنى عبد عمدا في النفس يجب القود) لما مر (الا أن يصالح) ولي القتيل مولى العبد أي يقع الصلح بين الولي والمولى (أو يعفو) أي يقع العفو من الولي (ولم يجز الاسترقاق) لكونه مباح الدم (ويثبت) أي القود (باقراره) أي العبد (لا اقرار المولى) لان هذا الاقرار من العبد لا تهمة فيه لكونه عائدا عليه بالضرر فيقبل وهو يجري على أصل الحرية باعتبار الآدمية فيما يرجع الى الدم فلهذا لا يقبل اقرار المولى عليه بحد ولا قصاص وان كان هذا الاقرار يصادف حق المولى لكنه ضمني فلم يجب مراعاته (وفيما) عطف على في النفس (دونها) أي دون النفس (كالخطا) أي يكون كالقتل الخطأ في الحكم وبين الحكم بقوله (دفعه بها) أي بمقابلة الجناية (ويملكه وليها) أي ولي الجناية (أو فداه بأرشها) يعني أن سيده مخير بين دفع العبد والفداء بالارش لتخليص عبده لكن الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا سقط الواجب بموت العبد لفوات محل الواجب بخلاف موت الحر الجاني حيث يجب الارش على عاقلته (حالا) أي كائنا كل من الدفع أو الفداء على الحلول أما الدفع فلانه عين ولا تأجيل في الاعيان وأما الفداء فلانه بدل العين فيكون في حكمه وان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه كما مر وان مات بعد اختيار الفداء لم يبطل لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى (فان فداه فجنى فهي كالاولى) فانه اذا فدى خلص الجاني عن الاولى

فصارت كان لم تكن فيجب بالثانية الدفع او الفداء (وان جنى جنايتين دفعه بهما الى وليهما يقتسمانه بنسبة حقيهما) أى على قدر ارش الجنايتين (اوفداه بارشهما) لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملاك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجنى عليه الاول اولى أن لا يمنع وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع اليهم على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع أروشهم لما ذكر ان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها (وان وهبه) أى المولى العبد الجانى (أو باعه أو اعتقه أو دبره أو استولدها) أى الجارية الجانية (ولم يعلم بها) أى الجناية (ضمن الاقل من قيمته ومن الارش وان علم غرم الارش) فان المولى قبل هذه التصرفات كان مخيرا بين الدفع والفداء ولما لم يبق محلا للدفع بلا علم المولى بالجناية لم يصر مختارا للارش فقامت القيمة مقام العبد ولا فائدة فى التخيير بين الاقل والاكثر فوجب الاقل بخلاف ما اذا علم فانه يصير مختارا للارش (كما لو علق عتقه بقتل زيد أو رميه أو شجه ففعل) أى قال ان قتلت زيدا فأنت حر فقتل أو قال ان رميت زيدا فأنت حر فرمى أو قال ان شججت رأسه فأنت حر فشج غرم الارش لانه يصير مختارا الفداء حيث اعتقه على تقدير وجود الجناية (قطع عبد يد حر عمدا ودفع اليه) بقضاء أولا (فأعتقه فسرى) فمات منه (فالعبد صلح بها) فانه اذا أعتق دل على ان قصده تصحيح الصلح اذ لا صحة له الا بأن يكون صلحا عن الجناية وما يحدث منها (وان لم يعتقه رد على سيده) لانه اذا لم يعتقه وسرى ظهر ان الواجب ليس المال بل القود فكان الدفع باطلا فيرد العبد على سيده (فيقتله الولى أو يعفو) أى يخير الولى بين القتل والعفو لانه مباح الدم كما مر (جنى مأذون مديون خطأ فأعتقه سيده بلا علم بها غرم لرب الدين الاقل من قيمته ومن دينه ولوليها) أى غرم لولى الجناية (الاقل منها) أى من القيمة (ومن الارش) فان السيد اذا أعتق المأذون المديون غرم لرب الدين الاقل من قيمته ومن الدين واذا أعتق العبد الجانى جناية خطأ غرم الاقل من قيمته ومن الارش فكذا عند الاجتماع لعدم التزاحم بينهما اذ لولا الاعتاق لدفع الى ولى الجناية ثم يباع للدين (ولدت مأذونة مديونة ولدا لا يدفع معها الجناية او يباع لدينها) لانه دين فى ذمتها متعلق برقبتها فيسرى الى الولد والدفع للجناية فى ذمة المولى وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقى وهو الدفع والسراية تكون فى الامور الشرعية لا الحقيقية (عبد لرجل زعم) رجل (آخر ان مولاه أعتقه فقتل) أى العبد المعتق (وليا له) أى للزاعم (خطأ فلا شئ له) أى للزاعم لانه لما زعم ان مولاه أعتقه فقد أقر انه لا يستحق على المولى دفع العبد ولا الفداء بالارش وانما يستحق الدية على العاقلة لانه حر فيصدق الزاعم فى حق نفسه فيسقط الدفع والفداء ولا يصدق فى دعواه الدية عليهم الا بحجة (قال قتلت أخا زيد قبل عتقى خطأ وقال زيد بل بعده صدق الاول) لان زيدا يدعى عليه شيئا لو أقر به لزم عليه الضمان لا على العاقلة لانه يدعى عليه القتل الخطأ بعد العتق فلو أقر به لزم عليه الضمان لان الثابت بالاقرار لا يتحمله العاقلة فأراد بقوله قتلته قبل عتقى ما قتلته بعده حذرا من لزوم الضمان عليه

(قوله وان فداه فداه بجميع اروشهم) قال الزيلعى وللمولى ان يفدى من بعضهم ويأخذ نصيبه من العبد ويدفع الباقى الى غيره بخلاف ما اذا كان المقتول واحدا وله وليان أو أولياء حيث لم يكن له أن يفدى من البعض ويدفع الباقى الى البعض لان الحق فيه متحد لاتحاد سببه وهو الجناية المتحدة اه (قوله وان وهبه أى المولى العبد الجانى الخ) قال الزيلعى ولا فرق فى هذا المعنى بين أن تكون الجناية فى النفس أو فى الاطراف لان الكل موجب للدفع فلا يختلف (قوله كما لو علق عتقه بقتل زيد) يعنى قتلا يوجب المال كالخطأ وشبه العمد وان علقه بجناية توجب القصاص بأن قال له ان ضربته بالسيف فأنت حر فلا يجب على المولى شئ بالاتفاق لانه لا فرق بين العبد والحر فى القصاص فلم يكن المولى مفوتا حق ولى الجناية بالعتق كما فى التبيين (قوله ولدت مأذونة مديونة ولدا) أى بعد لحوق الدين كما أشار اليه لانها اذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف الاكساب حيث يتعلق حق الغرماء بما كسبت قبل الدين وبعده كما فى التبيين وظهر لى انه لا يخالفه ما فى الولوالجية من قوله ولو اكتسب العبد الجانى اكسابا أو ولدت الجانية ولدا فاختار المولى الدفع لم يدفع الولد والكسب اه اذ الظاهر من قوله لو اكتسب العبد الجانى انه غير المأذون فليتأمل

لا معناه الظاهر ليفهم لزوم الضمان على المولى بالاقل من قيمته ومن الدين ان لم يعلم بالجناية والدية ان علم بها مع ان قوله ليس بحجة على المولى (وان قال قطعت يدها قبل اعتاقها وقالت كان بعده صدقت وكذا في اخذه منها) اى اعتق أمة ثم قال لها قطعت يدك أو اخذت منك هذا المال قبل ما أعتقتك وقالت بل بعده فالقول لها لانه أقر بسبب الضمان ثم ادعى البراءة وهى تنكر فالقول للمنكر (لا الجماع والغلة) يعنى اذا قال جامعتها قبل الاعتاق أو اخذت الغلة قبله فالقول له لان الظاهر كونها حال الرق (أمر عبد محجور أو صبي صبيا بقتل رجل فقتله فالدية على عاقلة القاتل) لان المباشر هو الصبي المأمور فتضمن عاقلته (ورجعوا على العبد بعد عتقه) لانه أوقع الصبي فى هذه الورطة لكن قوله غير معتبر لحق المولى فيضمن بعد العتق (لا) على (الصبي الآمر) لقصور أهليته (ولو) كان (مأمور العبد) المحجور عبدا محجورا (مثله دفع السيد) العبد (القاتل أو فداه فى الخطأ بلا رجوع حالا) لان الامر قول وقول المحجور غير معتبر (فلا يؤاخذ به فى الحال بل بعد عتقه) لزوال المانع وهو حق المولى (بالاقل من قيمته ومن الفداء) لانه مختار فى دفع الزيادة لا مضطر (كذا) الحكم (فى العمد) اى دفع السيد القاتل أو فداه ثم رجع على العبد الآمر بالاقل من قيمته ومن الفداء (ان كان العبد القاتل صغيرا) لان عمد الصغير كالخطأ (ولو) كان (كبيرا اقتص) لانه يجرى بين الحر والعبد (قتل قن عمدا حرين ولكل وليان فعفا أحد وليى كل منهما دفع نصفه الى الآخرين أو فدى بدية) هى عشرة آلاف درهم لان الرقبة بحكم القود صارت بينهم لكل واحد ربعه فاذا عفا اثنان بطل حقهما وبقى حق الآخرين فى النصف فلذا قيل له ادفع نصفه وأما الفداء فقد كان بعشرين ألفا فاذا عفا اثنان بطل حقهما فبقى حق كل من الباقيين فى خمسة آلاف فلذا فداه بعشرة آلاف أن شاء (وان قتل) القن (أحدهما) اى أحد الحرين (خطأ والآخر عمدا فعفا أحد وليى العمد فدى بدية لوليى الخطأ وبنصفها لاحد وليى العمد) الذى لم يعف لان نصف الحق بطل بالعفو فبقى النصف وصار مالا و يكون خمسة آلاف ولم يبطل شئ من حق وليى الخطأ وكان حقهما فى كل الدية عشرة آلاف (أو دفع) اى القن (اليهم) يعنى أن سيده كان مخيرا بين الفداء والدفع فان دفعه دفعه اليهم (اثلاثا) ثلثاه لوليى الخطأ وثلثه للذى لم يعف من وليى العمد (عولا عند أبى حنيفة) فيضرب وليا الخطأ بالكل وغير العافى بالنصف لان حقه فى النصف وحقهما فى الكل فصار كل نصف بينهما فصار حق وليى الخطأ فى سهمين وحق غير العافى فى سهم فيقسم بينهم اثلاثا (وأرباعا منازعة عندهما) ثلاثة أرباعه لوليى الخطأ وربعه لاحد وليى العمد لان النصف سلم لوليى الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين فى النصف الآخر فينصف فلهذا يقسم أرباعا (قتل عبد هما قريبهما وعفا أحدهما بطل كله) لان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلا يخلفه الورثة فيه والله أعلم

(قوله لا الجماع والغلة) قال فى المواهب الا فيما كان قائما بعينه فى يد المقر لانه متى أقر انه أخذه منها فقد أقر بيدها ثم ادعى التملك عليها وهى تنكر فكان القول للمنكر فلذا أمر بالرد وكذا فى التبيين (قوله ورجعوا على العبد بعد عتقه) قال الزيلعى بعد هذا وذكر فى شرح الزيادات للعتابى لا ترجع العاقلة على العبد أبدا لان هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لمكان الحجر وهذا أوفق للقواعد (قوله بل بعد عتقه بالاقل من قيمته ومن الفداء) قال الزيلعى وعلى قياس ما ذكره الامام العتابى رحمه الله لا يجب شئ عليه لما بينا

{فصل} (دية عبد أو أمة قيمتها فان بلغت) أى قيمتها (دية حر) وهى عشرة آلاف درهم (أو حرة) وهى خمسة آلاف درهم (نقص من كل منهما عشرة) أى عشرة دراهم اشعارا بانحطاط درجة الرقيق عن الحر وتعيين العشرة بأثر عبد الله ابن عباس رضى الله عنهما (ولو) كانت القيمة (أكثر من عشرة آلاف) من الدراهم (فى العبد ومن خمسة آلاف فى الامة) وعند أبى يوسف والشافعى يجب قيمته بالغة ما بلغت (وفى الغصب) يعتبر (قيمته) أى قيمة كل منهما (بالغة ما بلغت) فلو غصب عبدا قيمته مائة دينار وهلك فى يده يلزمه تلك القيمة (وما قدر من دية الحر قدر من قيمة القن) لان القيمة فى القن كالدية فى الحر لانه بدل الدم (ففى يده) أى اتلاف يد القن يلزم (نصف قيمته) كما فى دية الحر (بالغة ما بلغت فى الصحيح) الا فى رواية عن محمد انه يجب فى قطع يد العبد خمسة آلاف درهم (عبد قطع يده عمدا فأعتق فسرى أقيد ان ورثه سيده فقط) أى ان كان وارث المعتق سيده فقط أقاد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا لان القود يجب بالموت مستندا الى وقت الجرح فان اعتبر وقت الجرح فسبب الولاية الملك وان اعتبر وقت الموت فسببها الوراثة بالولاء فجهالة سبب الاستحقاق تمنع القود كجهالة المستحق ولهما ان جهالة السبب لا تعتبر عند تيقن من له الحق (والا فلا) أى وان لم يكن الوارث السيد فقط بل له وارث غيره لم يقد بالاتفاق لان المعتبر ان كان وقت الجرح فالمستحق السيد وان كان وقت الموت فذلك الوارث أو هو مع السيد فجهالة المقضى له تمنع الحكم (قال) المولى لعبديه (أحدكما حر فشجا) أى صارا مشجوجين (فعين) المولى (واحدا) للحرية بان قال أردت هذا (فارشهما له) أى للمولى (وان قتلهما رجل وجب دية حر وقيمة عبد) والفرق ان البيان انشاء فى حق المحل اظهار فى حق المولى ولهذا اذا مات المولى قبل البيان يشيع العتق بينهما وبعد الشجة بقى محلا للبيان فاعتبر انشاء فى حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا وأحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر (ولو) قتل (كلا) منهما (رجل فقيمة العبدين) لانا لم نتيقن بقتل كل واحد حرا وكل من القاتلين ينكر ذلك فعليهما قيمتهما ولو (فقأ عينى عبد دفعه سيده وأخذ قيمته أو أمسكه بلا أخذ النقصان) يعنى اذا فقأ رجل عينى عبد فان شاء مولاه دفعه اليه وأخذ قيمته وان شاء أمسكه ولم يأخذ النقصان وقالا يخير بين الدفع والامساك مع أخذ النقصان لان معنى المالية لما كان معتبرا وفاقا وجب أن يتخير المولى على الوجه المذكور كما فى سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا يخير المالك بين دفعه اليه وتضمينه قيمته وبين امساك الثوب وتضمين النقصان وله ان المالية ان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيها وفى الاطراف أيضا ولهذا لو قطع عبد يد عبد يؤمر

{فصل} (قوله فلو غصب عبدا قيمته مائة دينار وهلك فى يده يلزمه تلك القيمة) تمثيله بمن قيمته مائة لا يناسب المقام اذ لا يظهر به التفاوت بين الجناية والغصب والذى ينبغى أن يقال قيمته ألف دينار أو أكثر لتبلغ القيمة دية الحر (قوله ففى يده يلزمه نصف قيمته) انما مثل باليد ليخرج ما لو حلق لحيته اذ لا يلزم بحلقها غير حكومة عدل على الصحيح لان المقصود من العبد الخدمة لا الجمال وروى الحسن عن أبى حنيفة وجوب كمال القيمة لان الجمال فى حقه مقصود أيضا كما فى التبيين وقال فى المحيط نقلا عن العيون روى الحسن عن أبى حنيفة فى رجل قطع أذنى عبد أو أنفه أو حلق لحيته فلم تنبت فعليه ما نقصه وروى محمد عن أبى حنيفة أن عليه للمولى قيمة تامة ان دفع اليه العبد اه وانما قيد المصنف بقطع يد واحدة لانه لو قطع يدى عبد فالسيد اما أن يدفع العبد ويضمن القاطع كل القيمة أو يمسكه ولا شئ على القاطع كما فى فقء عينيه عند أبى حنيفة خلافا لهما كما فى المحيط (قوله الا فى رواية عن محمد انه تجب فى قطع يد العبد خمسة آلاف) قال فى الكافى عن المبسوط تجب خمسة آلاف الا خمسة دراهم وكذا فى البرهان (قوله وان قتلهما رجل) يعنى معا كما قاله الزيلعى (قوله وجب دية حر وقيمة عبد) قال الزيلعى هذا اذا لم تختلف قيمتهما ويكون كل من القيمتين والدية نصفين بين المولى والورثة لعدم الاولوية وان اختلف قيمتهما يجب نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر فيقسم مثل الاول بخلاف ما اذا قتلهما على التعاقب حيث يجب عليه القيمة للاول لمولاه والدية للثانى لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول اه (قوله ولو قتل كلا منهما رجل فقيمة العبدين) هذا اذا قتلاهما معا أو على التعاقب ولم يدر الاول وما يؤخذ يكون بين المولى والورثة نصفين وان قتلاهما على التعاقب فعلى القاتل الاول قيمته للمولى لتعينه للرق وعلى الثانى دية لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول كما فى التبيين (قوله وله ان المالية ان كانت معتبرة) ان وصلية لا شرطية وان كان الاكثر اقترانها بالواو

المولى بالدفع أو الفداء ولو كان مالا محضا لوجب ان يباع فيها ثم من أحكام الآدمية
ان لا ينقسم الضمان على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن أحكام المالية ان تنقسم
وتتملك فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

﴿فصل﴾ (أقر مدبر أو أم ولد) لم يذكر المكاتب اذ علم حكمه فيما سبق من كتابه
(بجناية) خطأ (لم يجز ولا شئ عليه) أي على واحد منهما (ولو بعد العتق) لان
موجب جناية الخطأ منه على سيده واقراره لا ينفذ عليه (وبعد اثباتها) بالبينة
(ضمن مولاه الاقل من الارش والقيمة) لما روى أن أبا عبيدة بن الجراح رضى
الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه وكان أميرا بالشام بمحضر من الصحابة رضى
الله عنهم فصار اجماعا ولانه بالتدبير أو الاستيلاد صار مانعا دفع الرقبة عند الجناية
ولم يصر به مختار الفدية لانه غير عالم بانه يجنى فصار كما لو فعله بعد الجناية غير عالم
بها وانما وجب الاقل من قيمته ومن الارش لان الاصل وجوب الدفع بالجناية
وقد تعذر الدفع بسبب من المولى فتجب القيمة عليه بمنعه منه ولا منع من المولى فى
أكثر من القيمة ولا حق لولى الجناية فى أكثر من الارش ولا يثبت الخيار بين
الاقل والاكثر فى متحدى الجنس بخلاف القن حيث خير بين الدفع والفداء
وجنسهما مختلف (وان جنى) المدبر (جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة) بمقابلة
عين واحدة (فيشارك ولى) الجناية (الثانية ولى الاولى فى قيمة دفعت اليه) أي ولى
الاولى (بقضاء) ولا يطالب من المولى شيأ لانه مجبور فى الدفع (ويتبع مولاه أو ولى
الاولى لو) دفعت اليه (بدونه) أي بدون القضاء لانه حينئذ لم يكن مجبورا فى الدفع
(جنى) مدبر (خطأ فمات لم تسقط القيمة عن مولاه) لانها تثبت عليه بسبب
تدبيره وبالموت لا يسقط ذلك (قتل المدبر مولاه خطأ يسعى فى قيمته) لان التدبير
وصية برقبته وقد صارت له لانه عتق بموت سيده ولا وصية للقاتل فوجب عليه
رد رقبته وقد عجز عنه فعليه رد بدلها وهى القيمة (ولو) قتله (عمدا قتله) الوارث
(أو استوفى قيمته ثم قتله) أما الاول فظاهر وأما الثانى فلما ذكر من أن
التدبير وصية الخ (غصب عبدا قطع سيده يده فسرى ضمن قيمته أقطع وان
قطعه سيده فى يد غاصبه فسرى عنده لم يضمن) لان الغصب يوجب ضمان
ما غصب ويبرأ الغاصب باسترداد المغصوب والاستيلاء عليه ففى المسئلة الاولى لما
قطعه المولى فى يده نقصت قيمته بالقطع فوجب على الغاصب قيمته أقطع وفى
الثانية لما قطع المولى يد عبده فى يد الغاصب صار مستردا له لاستيلائه عليه
وبرئ الغاصب من ضمانه لوصول ملكه اليه (وضمن) عبد (محجور غصب مثله
فمات بيده) فان المحجور يؤاخذ بافعاله حتى لو ثبت الغصب بالبينة يباع فيه دون
أقواله حتى لو أقر به لا يباع بل يؤاخذ به بعد عتقه (جنى مدبر عند غاصبه ثم عند
مولاه ضمن قيمته لهما) يعنى اذا غصب رجل مدبرا فجنى عنده ثم رده الى مولاه
فجنى عنده أخرى ضمن المولى لولى الجنايتين فتكون بينهما نصفين لان موجب
جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة فيجب على المولى لانه أعجز نفسه عن الدفع
بالتدبير السابق من غير أن يصير مختارا للفداء كما فى القن اذا أعتقه بعد الجنايات

(قوله ثم من أحكام الآدمية ان لا ينقسم
الضمان على الاجزاء) يعنى الاجزاء
الفائتة والقائمة بل يكون بازاء الفائتة
لا غير (قوله فوفرنا على الشبهين حظهما
من الحكم) يعنى فقلنا بأنه لا ينقسم
اعتبارا للآدمية ويتملك الجثة اعتبارا
للمالية

﴿فصل﴾ (قوله وجنسهما مختلف)
الضمير للدفع والفداء (قوله ويتبع
مولاه) قال الزيلعى فاذا أخذ منه رجع
المولى على الاول بما ضمن للثانى لانه
قبضه بغير حق لان المولى لا يجب عليه
الا قيمة واحدة

من غير أن يدفعها وانما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما في السبب (ورجع
بنصفها) أي رجع المولى بنصف ما ضمن من قيمة المدبر (على الغاصب) لانه
ضمن بالقيمة الجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب والنصف الآخر بسبب
كان عنده فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب فصار كأنه لم يرد نصف العبد
لان رد المستحق بسبب كان عند الغاصب كلا رد (ودفعه الى الاول) أي دفع المولى
نصف القيمة الذي أخذه من الغاصب الى ولي الجناية الاولى عند أبي حنيفة وأبي
يوسف وقال محمد لا يدفعه اليه لان الذي رجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم
لولي الجناية الاولى لانه انما رجع على الغاصب بسبب ذلك فلا يدفع اليه لئلا يجتمع
البدلان في ملك واحد ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى عليه
لا مزاحم له فيستحق كلها وانما ينتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من
بدل العبد في يد المالك فارغا يأخذه ليتم حقه (وبعكسه) يعني جنى عند المولى
خطأ ثم غصبه رجل فجنى عنده (لا يرجع) المولى لان الجناية الاولى كانت في يده
(والقن في الفصلين) يعني اذا جنى عند غاصبه ثم عند مولاه أو بالعكس (كالمدبر)
(لكن) الفرق بينهما ان (المولى يدفع القن) نفسه (وقيمة المدبر) فاذا دفع القن
رجع بنصف قيمته على الغاصب وسلم للمالك عند محمد وعندهما لا يسلم له بل يدفعه
الى الاول واذا دفعه اليه يرجع في الفصل الاول على الغاصب وفي الثاني لا (مدبر
غصب مرتين فجنى في كل مرة) يعني رجل غصب مدبرا فجنى عنده ثم رده على مولاه
ثم غصبه فجنى عنده جناية أخرى (ضمن مولاه قيمته لهما) أي لولي الجنايتين
لانه منع عين العبد عن الدفع بالتدبير فوجب عليه قيمته كما مر (ورجع بها) أي
بتلك القيمة (على الغاصب) لان الجنايتين كانتا في يده فاستحقه المولى كله بسبب
كان في يد الغاصب فيرجع عليه بالكل بخلاف المسئلة السابقة فانه هناك استحق
النصف بسبب كان عنده والنصف بسبب كان في يد الغاصب (ودفع) أي المولى
(نصفها) أي نصف القيمة المأخوذة من الغاصب ثانيا (الى الاول) أي الى ولي
الجناية الاولى لانه استحق كل القيمة لعدم المزاحم عند وجود جنايته وانما
انتقص حقه بحكم المزاحمة من بعد (ورجع) أي المولى (به) أي بالنصف الذي دفعه
ثانيا الى ولي الجناية الاولى (على الغاصب) لان استحقاق هذا النصف ثانيا بسبب
كان في يد الغاصب فيرجع به عليه ويسلم له ذلك ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى
لانه استوفى حقه ولا الى ولي الثانية اذ لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول
عليه وقد وصل ذلك اليه (وأم الولد في كلها) أي كل الاحكام المذكورة (كالمدبر)
لاشتراكهما في كون المانع من الدفع للجناية من قبل المولى (غصب صبيا حرا
فمات عنده فجأة أو بحمى لم يضمن ولو مات بصاعقة أو نهش حية ضمن عاقلته
الدية) هذا استحسان والقياس أن لا يضمن في الوجهين كما قال زفر والشافعي لعدم
تحقق الغصب في الحر ألا ترى أنه لا يتحقق في المكاتب وان كان صغيرا لكونه حرا
يدا مع انه رقيق رقبة فالحر يدا ورقبة أولى ان لا يضمن به وجه الاستحسان انه ليس
بضمان الغصب بل ضمان الاتلاف بالتسبيب لنقله الى مكان فيه الصواعق

(قوله ورجع بنصفها على الغاصب ودفعه
الى الاول) اقول ثم رجع به ثانيا على
الغاصب فيصير كأن الغاصب لم يرد ولم
يضمن لمولاه شيئا بعد ذلك اذ لم يبق شئ
من العبد او من بدله في يده وما يأخذه
المولى ثانيا من الغاصب يكون له لوصول
كل من المجني عليهما الى حقه الاول الى
قيمة كاملة والثاني الى نصف قيمته
فما بقي يكون للمولى ولم يذكر المصنف
هذا القدر ولا بد منه والا فلا يتأتى عكسها
المذكور بعدها فليتنبه له (قوله وبعكسه
لا يرجع ليس المراد نفي الرجوع مطلقا)
بل المراد انه لا يرجع عليه بنصف ثانيا
مثل الصورة المتقدمة بل يأخذ منه نصفا
فقط وصورة المسئلة ان المدبر جنى عند
مولاه أولا فغصبه رجل فجنى عنده ثم رده
على المولى ضمن المولى قيمته لولي
الجنايتين فتكون بينهما نصفين ثم يرجع
المولى على الغاصب بنصف القيمة
لاستحقاقه بالسبب عنده فيدفعه الى
ولي الجناية الاولى بالاجماع ثم اذا دفعه
لا يرجع به على الغاصب بالاجماع اهـ
كما في التبيين (قوله فاستحقه المولى) كذا
في النسخ والمراد ولي الجناية فالميم زائدة
في المولى (قوله فيرجع عليه) يعني يرجع
المولى على الغاصب بالكل (قوله غصب
صبيا حرا) يعني لا يعبر عن نفسه لانه
لو كان يعبر يعارضه بلسانه فلا تثبت يده
حكما كما في البرهان

والحيات حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى ضمن كذا فى الكافى (كما فى صبى أودع عبدا فقتله) أى اذا أودع مولى العبد عبده صبيا فقتله ضمن عاقلة الصبى قيمته (وان أتلف مالا بايداع لا يضمن) عند أبى حنيفة ومحمد ويضمن عند أبى يوسف والشافعى لانه أتلف مالا معصوما ولهما ان غير العبد معصوم لحق السيد وقد فوته لدفعه الى يد الصبى وأما العبد فعصمته لحقه لبقائه على أصل الحرية فى حق الدم (وبدونه يضمن) لما مر انه مؤاخذ بافعاله

﴿باب القسامة﴾

(هى ايمان تقسم على أهل المحلة الذين وجد القتيل فيهم) قوله (ميت به جرح) مبتدأ خبره قوله الآتى حلف له (أو أثر ضرب أو خنق) بكسر النون (أو خروج دم من اذنه أو عينيه وجد فى محلة أو أكثره) عطف على ضمير وجد وجاز للفصل أى أكثر البدن سواء كان معه رأسه أولا (أو وجد نصفه مع رأسه لا يعلم قاتله) اذ لو علم كان هو الخصم وسقط القسامة (وادعى وليه القتل على أهلها) أى كلهم (أو) على (بعضهم) عمدا أو خطأ ولا بينة له (حلف له) أى لاجل ذلك الميت (خمسون رجلا منهم) أى من اهل المحلة لما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فما الذى يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت فى بنى اسرائيل فانزل الله تعالى على موسى عليه السلام أمرا فان كنت نبيا فاسأل الله تعالى مثل ذلك فكتب صلى الله عليه وسلم اليهم ان الله أرانى ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم تغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس أى بالوحى (يختارهم الولى) اشارة الى ان اختيار تعيين الخمسين الى الولى لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل وهم الفسقة والشبان أو صالحو اهل المحلة لان تحرزهم عن اليمين

(قوله حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى) ليست قيدا لانه كذلك الامراض كما فى التبيين والبرهان قوله ضمن ليس المراد ضمانه وحده بل مع عاقلته (قوله كما فى صبى أودع عبدا فقتله) التشبيه بالنظر الى أصل الضمان على العاقلة لان الواجب فى مسئلة العبد القيمة كما نص عليه شرحا وبه صرح فى الكافى نقلا عن الجامع الصغير لفخر الاسلام والصدر الشهيد قال وقوله فى الهداية نعلى عاقلته الدية يحتمل انه أراد به القيمة وانما آثر لفظ الدية لانها بازاء الآدمية والقيمة بازاء المالية والواجب فى العبد بازاء آدميته عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله اه وقال الزيلعى بعد ذكر الخلاف فى التفسير ثم محمد رحمه الله شرط فى الجامع أن يكون الصبى عاقلا وفى الجامع الكبير وضع المسئلة فى صبى عمره اثنتا عشرة سنة وذلك دليل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر اه وكتب عليه العلامة الشيخ محمد الخريرى نقلا عن الشلبى قوله أى الزيلعى وذلك دليل الخ تبع فيه صاحب الهداية وقال الاتقانى رحمه الله وهذا الذى قاله صاحب الهداية مذهب فخر الاسلام وقال بعض مشايخنا ان الصبى اذا لم يكن عاقلا لا يضمن فى قولهم واليه ذهب قاضيخان فى شرح الجامع اه ما عن الشلبى ثم كتب بعده وقال مسكين والخلاف فى الصبى العاقل فى الصحيح حتى لا يضمن غير العاقل بالاجماع اه (قوله وان أتلف مالا بايداع لم يضمن) فان قلت ما الفرق بين ذا وبين اتلافه العبد المودع عنده مع انه مال أيضا قلت الفرق ان عصمة المال غير الآدمى حق مالكه فيملك استهلاكه وله تمكين غيره من استهلاكه واما الآدمى المملوك فعصمته لحق نفسه لا لحق مولاه ولهذا بقى على أصل الحرية فى حق الدم وليس لمولاه ولاية استهلاكه فلا يملك تمليكها وهذا الفرق مؤدى قوله ولهما الخ (قوله غير العبد) بالغين المعجمة والياء المثناة والراء المهملة وانما ضبطناه لانه يلتبس بالعين المهملة والنون فيلزم عليه التناقض بما يليه ولذا أوضحته بالفرق المتقدم وان علم من كلام المصنف

﴿باب القسامة﴾

(قوله ميت به جرح) يعنى اذا كان حرا ذكرا كان أو انثى صغيرا أو كبيرا مسلما أو ذميا عاقلا أو مجنونا واما اذا كان عبدا فتجب القسامة والقيمة اذا وجد فى غير ملك سيده ولا تجب الغرامة ولا القسامة فى سائر الاموال والبهائم وهذا الكائنة على أصلهما واما على أصل ابى يوسف فلا قسامة فيه ولا دية بمنزلة البهيمة وكذا الجواب فى المدبر وام الولد والمكاتب والمأذون لو فى غير دار مولاهم وفيما ليس فيهم شئ الا فى المكاتب فتجب قيمته على مولاه فى ثلاث سنين لا على عاقلته والا فى المأذون ان كان مديونا فعليه قيمته لغرمائه حالة فى ماله كذا فى البدائع وفى واقعات الفسفى وقيمة العبد تؤخذ فى ثلاث سنين (قوله حلف له) لا فرق فى تحليف الخمسين بين دعوى القتل عمدا أو خطأ وأما الدية فعلى أهل المحلة فى دعوى العمد وعلى العاقلة فى الخطأ على ما قاله فى الذخيرة وبه اعترض ابن الملك على متن المجمع بالزامه العاقلة دية القتيل فى الصورتين ولم يفصل فيرد على المصنف أيضا وبينه فليحرر

الكاذبة بالمنع فيظهر القاتل (قائلا) كل منهم (بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا لا الولى)
أى لا يحلف ولى المقتول بانهم قتلوه وقال الشافعى اذا كان هناك لوث استحلف
الاولياء خمسين يمينا فان حلفوا يقضى بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى
أو خطأ فى قول وفى قول يقضى بالقود اذا كانت الدعوى فى العمد وان نكل
المدعى عن اليمين استحلف المدعى عليهم فان حلفوا تركوا ولا شئ عليهم وان نكلوا
فعليهم القصاص فى قول والدية فى قول واللوث الذى ذكره قرينة حالية توقع فى
القلب صدق المدعى بان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه كالدم أو ظاهر
يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول ان أهل المحلة
قتلوه وان لم يشهد له الظاهر حلف اهل المحلة للشافعى فى البداية بيمين الولى قوله
صلى الله عليه وسلم للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين حجة لمن
يشهد له الظاهر كما فى سائر الدعاوى فان الظاهر يشهد للمدعى عليهم لان الاصل
فى الذمم البراءة والظاهر يشهد للمدعى عند قيام اللوث وقرب العهد فتكون
اليمين حجة له ولكن فى هذه الحجة نوع شبهة والقصاص عقوبة تسقط بها فلهذا
وجب الدية فى الجديد ولنا قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على
المدعى عليه وروى ابن المسيب رضى الله عنه انه صلى الله عليه وسلم بدأ باليهود
بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم ولان اليمين ليس بحجة
لاستحقاق فلس فكيف يكون حجة لاستحقاق نفس واليمين عندنا ليظهر القاتل
بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقر ويجب القصاص واذا حلفوا حصل البراءة
عن القصاص (ثم يقضى على أهلها) أى على أهل المحلة (بالدية) لوجود القتيل
بينهم وقد ثبت انه صلى الله عليه وسلم جمع بين الدية والقسامة وكذا عمر رضى الله
عنه (وان ادعى وليه القتل على واحد من غيرهم سقطا القسامة عنهم) يعنى اذا
ادعى ولى القتيل القتل على رجل من غير أهل المحلة كان ذلك ابراء منه لاهل
المحلة حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك عليهم (وان منهم فلا) أى وان ادعى على واحد
منهم بعينه لا يبطل القسامة والدية عن أهلها وعن أبى حنيفة فى رواية يكون ذلك
ابراء منه لاهل المحلة كذا فى الخانية (وان لم توجد) أى الخمسون (فيها) أى المحلة
(كرر الحلف عليهم الى أن يتم) أى الخمسون (ومن نكل منهم حبس حتى يحلف)
لان الحلف فيه واجب تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف
النكول فى الاموال لان الحلف فيها بدل عن أصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى
وهنا لا تسقط ببذل الدية (ومستحلف قال قتله زيد حلف بالله ماقتلت ولا عرفت
قاتلا غير زيد) لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل ويحلف على
ماذكر لانه لما أقر بالقتل صار مستثنى عن اليمين فبقى حكم من سواه فيحلف عليه
(ولا قسامة على صبى ومجنون) لانهما ليسا من أهل القول الصحيح لما عرفت
واليمين قول (وامرأة وعبد) لانهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها (ولا
قسامة ولا دية) على أحد (فى حق ميت لا اثر به أو خرج دم من فمه أو أنفه أو دبره
أو ذكره) لانه ليس بقتيل اذ لا بد من أثر يستدل به على كونه قتيلا وهو ماذكر فى

(قوله ثم يقضى على أهلها بالدية) قال
فى البرهان فاذا حلفوا يقضى عليهم بالدية
عندنا فى دعوى العمد وعلى عاقلتهم فى
الخطأ كذا فى الذخيرة والخانية وذكر
فى المبسوط وفى ظاهر الرواية القسامة
على أهل المحلة والدية على عواقلهم فى
ثلاث سنين (قوله وان منهم فلا) يعنى فى
ظاهر الرواية كما فى البرهان (قوله وعن
أبى حنيفة فى رواية) هى رواية عبد الله
ابن المبارك كما فى البرهان (قوله وان لم
توجد فيها كرر الحلف عليهم) فيه اشارة
الى انه اذا وجد العدد فاراد الولى تكرير
الحلف على بعضهم ليس له ذلك كذا
ذكره محمد رحمه الله كما فى البدائع (قوله
لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه
بقوله فلا يقبل) كذا لا يقبل قوله فى
حق من يزعم انه قتله (قوله أو خرج دم
من فمه يعنى وهو ينزل من الرأس وان
كان يعلم من الجوف يكون قتيلا بخلاف
ماذكرها هنا يعنى اذا وجد ماذكر من
غير ضرب كما أشار اليه ونص عليه فى
الخانية

أول الباب بخلاف ما ذكر ههنا لان الدم يخرج من هذه المواضع عادة بلا فعل
أحد (وما تم خلقه كالكبير) أي اذا وجد سقط تام الخلق به أثر من هذه الآثار
المذكورة فهو كالكبير في الاحكام المذكورة لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل
حيا (رجل يسوق دابة عليها قتيل ضمن عاقلته) أي عاقلة الرجل (ديته) أي دية
القتيل (لا أهل المحلة) لانه في يده فصار كأنه في داره (كذا لو قادها أو ركبها فان
اجتمعوا) أي القائد والسائق والراكب (ضمنوا) لانه في أيديهم ذكره الزيلعي
(ولو بين قريتين أو قبيلتين فعلى أقربهما) لان قتيلا وجد بين قريتين على عهد
النبي صلى الله عليه وسلم فأمر أن يمسح بينهما فوجد الى احدى القريتين أقرب
فقضى عليهم بالقسامة والدية وروى عن عمر رضي الله عنه مثله (وان استويا) أي
القريتان أو القبيلتان (فعليهما ان كان) أي القتيل (في موضع يسمع منه صوت)
لاهل القرية في الصورة الاولى وأهل القريتين في الثانية لانه اذا كان بحيث يبلغ
الصوت يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا واذا كان في موضع لا يسمع منه
الصوت لا يلزمهم نصرته فلا ينسبون الى التقصير فلا يجعلون قاتلين تقديرا (وجد)
أي القتيل (في دار رجل فعليه القسامة وتدى عاقلته اذا ثبت انها له بالحجة) لان
التدبير في حفظ الملك الخاص الى المالك والدية على عاقلته لان نصرته وقوته بهم
وهذا اذا كان له عاقلة والا فعليه كما مر مرارا (لا بمجرد اليد) حتى لو كان به لا تدى
عاقلته ولا نفسه (ولو) وجد قتيل (في دار نفسه ٢ تدى عاقلته ورثته) عند أبي حنيفة
لان الدار حال ظهور القتيل لورثته فالدية على عاقلتهم وعندهما وعند زفر لا شئ
فيه وبه يفتى لما قالوا ان الدار في يده حال ظهور القتل فيجعل كأنه قتل نفسه
فكان هدرا وان كانت الدار للورثة فالعاقلة انما يتحملون ما يجب عليهم تخفيفا لهم
ولا يمكن الايجاب على الورثة للورثة (القسامة على أهل الخطة) أي أصحاب
الاملاك القديمة الذين كانوا تملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين
بخط خطه ليتميز أنصباؤهم (لا مع السكان) أي لا يدخل السكان من المستأجرين
والمستعيرين مع الملاك في القسامة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هو عليهم
جميعا لان ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك الا يرى ان النبي صلى الله
عليه وسلم جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك
هو المختص بنصرة البقعة لا السكان وأهل خيبر مقرون على املاكهم (ولا
المشترين) عندهما أيضا وقال أبو يوسف كلهم مشتركون لان وجوب الضمان بترك
الحفظ ممن له ولاية الحفظ وهي بالملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو
المختص بتدبير المحلة وهي تنسب اليه لا المشترين وقلما يزاحمه المشتري في التدبير
والقيام بحفظ المحلة فكان هو المختص بالقسامة والدية لا المشتري وقيل انما أجاب
أبو حنيفة بهذا بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في زمانه ان أصحاب الخطة
في كل محلة يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك (فان باع كلهم)
يعني ان بقي واحد من أهل الخطة فكذلك الحكم لان المشترين اتباع لاهل الخطة
فما بقي شئ من الاصل يكون الحكم له دون التبع وان لم يبق بل باع كلهم (فعلى

(قوله رجل يسوق دابة الخ) قال
الامام خواهرزاده هذا اذا كان يسوقها
سرا مستخفيا اما اذا ساقها نهارا جهارا
فلا شئ عليه كذا في الجوهرة وقال في
التبيين وعن أبي يوسف انه لا يجب على
السائق الا اذا كان يسوقها مختفيا اهـ
(قوله فان اجتمعوا ضمنوا) يعني سواء
كانوا مالكين للدابة أولا بخلاف الدار
لان لهم تدبير الدابة مطلقا وتدبير الدار
لمالكها وان لم يكن ساكنها والدابة اذا
لم يكن معها أحد فعلى أهل المحلة القسامة
والدية (قوله ان كان في موضع يسمع منه
الصوت) كذا ذكره قاضيخان جازما به
وقال الزيلعي وقيل هذا محمول الخ (قوله
وأهل قريتين) لعله قبيلتين ثم انه يشترط
السماع فيما اذا استويا لتجب عليهما
(قوله وجد في دار رجل فعليه القسامة
وتدى عاقلته) قال في البرهان واذا كانت
عاقلته حاضرة في بلده تدخل معه في
القسامة كالدية اذا ثبت انها له بالبينة
عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف
الاول ورجع أبو يوسف الى وجوب
القسامة عليه وحده كما لو كانوا غيبا
وذكر في النهاية ان في المسئلة روايتين
ووفق بينهما اهـ (قوله القسامة على
أهل الخطة) كذا الدية عليهم أيضا وينبغي
التفصيل كما تقدم في المحلة وتجب الدية
في دعوى العمد عليهم وفي الخطأ على
عاقلتهم (قوله وقال أبو يوسف هو عليهم
جميعا) ذكر الضمير باعتبار اليمين (قوله
وان كانوا سكانا بخيبر) عبارة الزيلعي
وكانوا سكانا بخيبر

٢ (قوله تدى عاقلته ورثته) لعل الصواب
حذف الضمير من عاقلته واضافة ورثته
اليه بدليل حل الشارح بعد فليحرر اهـ
مصححه

المشترين) اتفاقا لزوال من يتقدمهم عندهما أو بزاحمهم عنده فانتقلت عندهما اليهم وخاصت عنده لهم (وجد) قتيل (في دار) مشتركة (بين قوم لبعضهم أكثر) بأن كان نصفها الرجل مثلا وعشرها الرجل وباقيها الآخر (فهي على الرؤس) ولا يعتبر قدر الانصباء لاستواء صاحب القليل والكثير في الحفظ والتقصير (وان بيعت) دار (ولم تقبض) حتى وجد فيها قتيل (فعلى) أي الدية على (عاقلة البائع وفي البيع بخيار فعلى عاقلة ذي اليد) عند أبي حنيفة وعندهما ان لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشتري وان كان فعلى عاقلة من تصير له الدار سواء كان الخيار للبائع أو المشتري فانه يعتبر اليد وهما الملك (وان) وجد القتيل (في الفلك ف) القسامة والدية (على من فيه) من الركاب والملاحين والمالك وغيره فيه سواء وكذا العجلة (وفي مسجد محلة وشارعها) أي شارع المحلة احتراز عن الشارع الاعظم كما سيأتي (على أهلها) لانهم أحق الناس بالتدبير فيه (وفي سوق مملوك على المالك وفي غيره) أي غير المملوك (والشارع الاعظم والسجن والجامع لا قسامة) لان المقصود بها نفي تهمة القتل وذا لا يتحقق في حق العامة (والدية على بيت المال) لان الغرم بالغنم اعلم ان الطريق ينقسم ابتداء الى قسمين أحدهما طريق خاص وهو ما يختص بواحد أو أكثر ويكون له مدخل لا مخرج كما ذكروا في بحث الزائغة المستطيلة والآخر طريق عام وهو ما لا يختص بواحد أو أكثر ويكون له مدخل ومخرج ويسمى هذا بالشارع وهو أيضا قسمان أحدهما شارع المحلة وهو ما يكون المرور فيه أكثريا لاهل المحلة وقد يكون لغيرهم أيضا وهذا ما قال في الينابيع وفي مسجد محلة على أهلها كما لو وجد في شارع المحلة والآخر الشارع الاعظم وهو ما يكون مرور جميع الطوائف فيه على السوية كالطريق الواسعة في الاسواق وخارج البلدان وهذا ما قال في الهداية ومن وجد في الجامع والشارع الاعظم فلا قسامة فيه هكذا يجب أن يعلم هذا المقام حتى تندفع الشبهة وتضمحل الاوهام (وفي قوم التقوا بالسيف وأجلوا عن قتيل) أي تفرقوا وظهر في موضع اجتماعهم قتيل (على أهل المحلة) لان حفظ المحلة عن مثل ذلك واجب عليهم فاذا لم يعرف من باشره جعل عليهم القسامة والدية (الا أن يدعي الولي على القوم أو على بعض منهم) فلم يكن على أهل المحلة شئ لان هذه الدعوى تضمنت براءتهم من القسامة ولا على القوم حتى يقيموا البينة اذ بمجرد الدعوى لا يثبت الحق لكن يسقط الحق عن أهل المحلة لان قوله حجة على نفسه (وجد) قتيل (في برية لا عمارة بقربها معنى القرب على ما سبق سماع الصوت (أو في نهر كبير) وهو ما ليس في يد أحد ولا ملكه كالفرات مثلا بخلاف النهر الذي يستحق فيه الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فيكون القسامة والدية عليهم فقول الوقاية أو ما يجري به ليس على اطلاقه (فهدر) لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف بالتقصير (ولو) كان القتيل (محتبسا بالشاطئ فعلى أقرب القرى) من ذلك الموضع على التفسير المذكور للقرب (ولو في أرض أو دار موقوفتين على أرباب معلومة فعليهم) لانهم أحق الناس بالتدبير فيهما (ولو) كانت موقوفة (على مسجد

(قوله فانتقلت عندهما) أي أبي حنيفة ومحمد وخاصت عنده أي أبي يوسف (قوله وهو أيضا قسمان أحدهما شارع المحلة) قد اعترضه بعد الفضلاء ونفى انقسام الشارع الى هذين القسمين في الحكم بل الشارع واحد اه وهو ظاهر لان لزوم القسامة والدية باعتبار ترك التدبير والحفظ ولا يكون الامع الخصوص بالتفرق في المحل ولذا قال في البدائع ولا قسامة في قتيل يوجد في مسجد الجامع ولا في شوارع العامة ولا في جسور العامة لانه لم يوجد الملك ولا يد الخصوص اه وقول المصنف وهذا ما قال في النافع الخ الحمل غير مسلم بل الحمل الصحيح ان يكون المراد بشارع المحلة ما ليس نافذا وأريد في كلام النافع بالشارع الطريق ولذا قال في البدائع وكذا اذا وجد في مسجد المحلة أو في طريق المحلة لما قلنا فلا مخالفة بين الهداية وغيرها في لزوم القسامة والدية بالوجدان في سكة غير نافذة على أهلها وعدم القسامة في النافذة وتكون الدية في بيت المال (قوله وفي قوم التقوا بالسيف) المراد مطلق السلاح وهذا اذا كانوا غير متأولين بجهة حق كذا في البرهان وقال الزيلعي قال أبو جعفر رحمه الله في كشف الغوامض هذا ان كان الفريقان غير متأولين اقتتلوا عصبية وان كانوا مشركين أو خوارج فلا شئ ويجعل ذلك ممن أصابه العدو (قوله حتى يقيموا البينة) يعني أولياء المقتول أي يقيموا البينة على القوم وكان ينبغي أن يقول حتى يقيم أي الولي البينة (قوله على التفسير المذكور للقرب) يعني بحيث يسمع منه الصوت

فكالمسجد) أى كما لو وجد فى المسجد وقد مر (ولو) وجد (فى معسكر فى فلاة غير مملوكة ففى الخيمة والفسطاط على ساكنيهما و) فى (خارجهما ان كانوا) أى ساكنو خارجهما (قبائل فعلى قبيلة وجد) القتيل (فيها ولو بين القبيلتين كان كما بين القريتين) وقد مر بيانه (وان نزلوا جملة) مختلفين (فعلى أهل العسكر) كلهم لانهم لما نزلوا جملة صارت الامكنة كلها بمنزلة محلة واحدة منسوبة اليهم فتجب غرامة ما وجد فى خارج الخيام عليهم (ولو) كانت الارض التى نزل فيها العسكر (مملوكة فعلى المالك) أى القسامة والدية بالاجماع لانهم سكان ولا يزاحمون المالك فى القسامة والدية (جرح فى حى فنقل الى أهله فبقى ذا فراش فمات فالقسامة والدية على الحى) خلافا لابى يوسف لان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص بخلاف ما اذا لم يكن صاحب فراش (رجل معه جريح به رمق فحمله آخر الى أهله فمكث زمانا فمات لم يضمن الحامل) فى قول أبى يوسف ومحمد وفى قياس قول أبى حنيفة يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا فى يده كوجوده فيها (رجلان فى بيت بلا ثالث وجد أحدهما قتيلا ضمن الآخر ديته) عند أبى يوسف خلافا لمحمد فانه لا يضمن عنده لاحتمال انه قتل نفسه ولابى يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه (وجد) قتيل (فى قرية امرأة كرر الحلف عليها وتدى عاقلتها) عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف القسامة أيضا على العاقلة لانها على أهل النصرة والمرأة ليست منها فأشبهت الصبى ولهما ان القسامة لنفى التهمة والتهمة من المرأة متحققة (بطل شهادة أهل المحلة بقتل غيرهم) يعنى اذا ادعى الولى على غير أهل المحلة وشهد شاهدان من أهلها لم تقبل عند أبى حنيفة وقالا تقبل لانهم كانوا بصدد ان يصيروا خصماء وقد بطل بدعوى الولى القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من الخصومة كالوصى اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد (وعلى واحد منهم) أى بطل شهادتهم على واحد منهم بعد ما ادعى الولى القتل عليه بعينه لان الخصومة قائمة مع الكل على ما ذكروا الشاهد يدفعها عن نفسه فيكون متهما

(كتاب المعاقل)

جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف بمعنى العقل أى الدية سميت به لانها تعقل الدماء من ان تسفك ومنه العقل لانه يمنع عن القبائح (العاقلة) هم الذين يقسم عليهم دية القتيل خطأ (أهل الديوان ان هو منهم تؤخذ من عطياتهم فى ثلاث سنين من وقت القضاء) وهم الجيش الذين كتبت أسماؤهم فى الديوان هذا عندنا وعند الشافعى على العشيرة لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم حكم عليهم ولا نسخ بعده ولانها صلة فالاقارب أولى بها كالارث والنفقات وانما قضية عمر رضى الله تعالى

(قوله وفى معسكر فى فلاة الخ) قال فى البرهان وان كان القوم التقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة فيه ولا دية وقال الزيلعى وان كانوا القواعد وهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر انه قتيلهم اه (قوله خلافا لابى يوسف) أى قال لا ضمان فيه ولا قسامة لان ما حصل فى تلك القبيلة ما دون النفس ولا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش (قوله لان الجرح اذا اتصل به الموت الخ) تعليل للزوم القسامة والدية على الحى الذى جرح فيهم على قول الامام كما فى التبيين (قوله وتدى عاقلتها) أى المرأة وتشارك عاقلتها فى الدية على الاصح كما فى التبيين

(كتاب المعاقل)

(قوله جمع معقلة بمعنى العقل) أى الدية لقائل ان يقول اذا كان المراد بها الدية فقد تقدم كتاب الديات وليس فى هذا الكتاب شئ من بيان الديات بل من تجب عليه الدية وهى العاقلة ولذا ترجم فى البرهان بقوله باب العاقلة اه وقال فى المحيط العاقلة اسم مشتق من العقل وهو المنع ولهذا يقال لما يعقل به البعير عقال لانه يمنعه من النفور ومنه سمى اللب عقلا لانه مما يمنع الانسان عما يضره فكذلك عاقلة الانسان وهم أهل نصرته مما يمنعونه عن قتل ما ليس له قتله فالعقل الذى هو آلة الادراك جمعه عقول والعقل الذى هو الدية جمعه المعاقل ومنه العاقلة وهم الذين يحملون العقل وهو الدية اه (قوله العاقلة هم أهل الديوان) ليس على عمومه لان النساء والذرية ممن له حظ فى الديوان وكذا المجنون ولا شئ عليهم من الدية واختلف فى دخولهم لو باشروا القتل مع العاقلة فى الغرامة والصحيح أنهم يشاركون العاقلة كما فى التبيين (قوله من وقت القضاء) يعنى لا من وقت الموت ونظيره ولد المغرور فان قيمته لا تجب قبل القضاء وانما تجب قيمته بالقضاء فتعتبر قيمته فى ذلك الوقت

عنه فانه لما دون الدواوين جعل الدية على أهل الديوان بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم فكان اجماعا وليس ذلك بنسخ بل تقرير معنى لان العقل كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع كالولاء والحلف والعد وهو أن يعد رجل من قبيلة وفى عهد عمر رضى الله عنه صار بالديوان فجعلها على أهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان كانوا يتناصرون بالحلف فأهله والدية صلة كما قال الشافعى لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى من ايجابها فى أصول أموالهم لانه أخف وما تحملت العاقلة الا للتخفيف والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ومحكى عن عمر رضى الله تعالى عنه (كذا ما يجب فى مال القاتل من الدية) يعنى يؤخذ فى ثلاث سنين عندنا ويجب حالا عند الشافعى وستأتى أمثلته ان شاء الله تعالى (وان خرجت) أى العطايا (لاكثر منها) أى من ثلاث سنين (أو اقل) منها (يؤخذ منه) أى الاكثر أو الاقل (والحى) عطف على أهل الديوان أى العاقلة القبيلة (لمن ليس منهم) أى من أهل الديوان وقع فى عبارة الوقاية هكذا والحى لمن ليس منهم وكأنه سهو من الناسخ لان ضمير حيه لمن ولا وجه لارجاعه اليه فالصواب والحى لمن ليس منهم (يؤخذ من كل) أى كل واحد من آحاد العاقلة (فى) مجموع (ثلاث سنين ثلاثة دراهم أو اربعة فقط) بحيث يؤخذ من كل واحد منهم (فى كل سنة درهم) ليكون المأخوذ فى ثلاث سنين ثلاثة دراهم (أو مع ثلث) أى ثلث درهم ليكون المأخوذ فى ثلاث سنين اربعة دراهم (وان لم يتسع الحى ضم اليه أقرب الاحياء نسبا الاقرب فالاقرب كما فى العصبات) واما الآباء والابناء فاختلف فى دخولهم (والقاتل كأحدهم) لانه الجانى فلا معنى لاخراجه وفيه خلاف الشافعى (و) العاقلة (للمعتق حى مولاه) لان نصرته بهم يؤيده قوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم (ولمولى الموالاة مولاه) الذى عاقده (وحيه) أى قبيلة مولاه لان العرب يتناصرون بهم فأشبه مولى العتاقة (وتتحمل العاقلة ما يجب بنفس القتل) الاصل فى ايجاب الدية على العاقلة بالخطأ وشبه العمد قوله صلى الله عليه وسلم للاولياء الضاربة قوموا فدوه وقاله حين ضربت امرأة بطن امرأة فالقت جنينا فرفعوا الامر اليه صلى الله عليه وسلم ولان الخاطئ معذور وكذا المباشر شبه العمد لان الآلة للتأديب لا للقتل وللنفس احترام لا يجوز اهدارها ولا وجه لايجاب القود عليه وفى ايجاب مال عظيم استئصال له فضم اليه العاقلة لانه انما قصر بقوة فيه وهى بانصاره وهم العاقلة فكانوا مقصرين فى ترك مراقبته فخصوا به (وقدر أرش موضحة فصاعدا) لما مر فى فصل الشجاج ان الواجب فى الموضحة فما صاعدا الدية وهى على العاقلة (لا) أى لا تتحمل العاقلة (ما يجب بصلح أو اقرار لم تصدقه العاقلة أو عمد سقط قوده بشبهة أو قتله ابنه عمدا أو لجناية عبد أو عمد وما دون ارش موضحة) لما روى انه صلى الله عليه وسلم قال لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة ولان التحمل للتحرز عن الاستئصال ولا استئصال فى القليل والتقدير الفاصل عرف بالسمع وما نقص عنه لا تتحمله العاقلة

(قوله كالولاء) يعنى ولاء العتاقة (قوله والحلف) قال فى غاية البيان والحلف بكسر الحاء وسكون اللام العهد والمراد به ولاء الموالاة وفى النهاية الحلف بكسر الحاء العهد يكون بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد هنا ولاء الموالاة (قوله والعد وهو أن يعد الرجل من قبيلة) يعنى وان لم يكن من قبيلتهم يقال فلان عديد بنى فلان (قوله كذا ما يجب فى مال القاتل من الدية يعنى يؤخذ فى ثلاث سنين عندنا) قال الناطفى فان لم يكن له عاقلة ففى ماله يؤدى كل سنة ثلاث دراهم أو اربعة كما فى المجتبى قال العلامة شيخ استاذى العلامة المقدسى رحمه الله تعالى قلت وهذا حسن لابد من حفظه فقد رأيت فى كثير من المواضع أنه يجب الدية فى ماله فى ثلاث سنين اه (قوله وان خرجت أى العطايا بالاكثر منها الخ) قال الزيلعى وهذا اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت فى السنين الماضية قبل القضاء بالدية ثم خرجت بعد القضاء لا تؤخذ منها (قوله كما فى العصبات) ظاهر على القول بدخول آباء القاتل وأبنائه واما على القول بعدم دخولهم فيبدأ بالاخوة ثم بنيهم ثم بالاعمام كذلك الخ (قوله والعاقلة للمعتق حى مولاه) يعنى مع مولاه وعليه نص البرهان بقوله ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته عندنا كمولى العتاقة اه واليه يشير قول المصنف فأشبه مولى العتاقة

بل الجاني ولو صدق العاقلة الجاني لزمهم الدية لانها تثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم فتجب عليهم (ومن ليس له ديوان ولا حي فعاقلته بيت المال) في ظاهر الرواية وعليه الفتوى كذا في الخلاصة وقال عصام روى محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة انه يجب في مال الجاني ولا يجب في بيت المال بالاجماع كذا في الخلاصة (ولا عاقلة للعجم) في الخلاصة لو كان الرجل من العجم عن شمس الائمة الحلواني ان الائمة اختلفوا فيه قال بعضهم لا عاقلة لاهل العجم وهو اختيار الفقيه أبي جعفر قال وبه كان يفتي شيخ الاسلام ظهير الدين المرغيناني

﴿ كتاب الآبق ﴾

لا يخفى مناسبته لكتاب الجنايات وتوابعها وهو مملوك فر من مالكه قصدا (ندب أخذه لقادر عليه) لان فيه احياء ماليته وللمال حرمة كالنفس واعانة لمولاه (واختلف في الضال) قيل أخذه أفضل احياء له لاحتمال الضياع وقيل تركه أفضل لانه لا يبرح مكانه فيلقاه مولاه وان عرف الواجد بيت مولاه فالاولى أن يوصله اليه (فيأتي) أي الآخذ (به) أي بالآبق (الى القاضي فيحبسه) تعزيرا له ولانه لا يؤمن من الاباق ثانيا ولهذا لا يؤجر وان كان له منفعة وينفق عليه من بيت المال ويجعله دينا على مالكه فيأخذه منه اذا جاء أو من ثمنه اذا بيع ولا يحبس الضال لانه لا يستحق التعزير ولا يأبق وان كان له منفعة آجره وانفق عليه من أجرته (الى مجيء مولاه فاذا جاء واقام البينة) انه له (قبل على القاضي وقيل على من نصبه القاضي) لحفظ الاوابق ونحوها (يحلفه) أي القاضي أو من نصبه المولى (بالله ما أخرجه عن ملكه) بوجه من الوجوه (فيدفعه اليه قيل) يدفعه (بالكفيل) لزيادة الاحتياط (وقيل لا) لكون الدفع بعد الاثبات (وان لم يقمها) عطف على اقام البينة (واقر) أي العبد (انه عبده أو وصف) المولى (علامته وحليته دفعه) القاضي (اليه بالكفيل وان انكر المولى اباقه) مخافة أخذ الجعل منه (يحلف) بالله ما أبق (ويدفع) اليه (فان طال مجيئه) أي مجيء المولى (باعه القاضي وان علم مكانه) لئلا يتضرر المولى بكثرة النفقة (وامسك ثمنه وأنفق عليه) أي الآبق (منه) أي الثمن (ودفع الباقي اليه) أي الى المولى (ان أثبت) انه له بالبينة (أو بين الحلية والعلامة وليس له) أي للمولى (فسخه) أي فسخ مع القاضي لان بيعه بامر الشرع فحكمه لا ينتقض وان زعم المولى أنه كان كاتبه أو دبره لم يصدق على نقض البيع كذا في فتاوى المسعودي (ولموصله) خبر لقوله الآتي أربعون درهما (اليه) أي اذا الآبق الى مولاه سواء كان الآبق عبدا (محجورا أو مأذونا أو مدبرا أو أم ولد) لانهم مملوكون فيحصل به احياء المالية من هذا الوجه بخلاف المكاتب لانه أحق بمكاسبه لانه غير مملوك يدا كما سيأتي (من مدة سفر أو أكثر) متعلق بالموصل (أربعون درهما وان لم يعدلها) أي وان كانت قيمته أقل منه (ان أشهد انه أخذه للرد) وان لم يشهد فلا شيء له كما سيأتي (و) لموصله (من أقل

(قوله ولو صدق العاقلة الجاني لزمهم الدية) قال الزيلعي وكذا اذا أقام البينة ولي الجناية أو المقر اه فتقبل البينة مع الاقرار هنا (قوله ومن ليس له ديوان ولا حي فعاقلته بيت المال) ذكر في كتاب الولاء من الاصل ان بيت المال لا يعقل من له وارث معروف سواء كان مستحقا للميراث بأن كان حرا مسلما أو لم يكن بأن كان كافرا أو عبدا فقال لو أن حربيا مستأمنا اشترى عبدا مسلما في دار الاسلام فأعتقه ثم مات معتقه فميراثه لبيت المال لان معتقه رقيق في المال ولو جنى هذا المعتق فعقل جنايته يكون عليه ولا يكون على بيت المال لان له وارثا معروفا وهو المعتق وان كان لا يستحق ميراثه لاجل الرق وهو الصحيح اه

﴿ كتاب الآبق ﴾

(قوله فيأتي أي الآخذ به أي بالآبق الى القاضي) يعني ان شاء وان شاء حفظه بنفسه (قوله فيحبسه) ليس المراد حبسه ابتداء بل اذا رفعه اليه لا يقبله الا ببينة ثم يحبسه كما في التبيين (قوله ولموصله الخ) شامل لما لو كانت أمة بولدها فله جعل واحد ما لم يكن ولدها مراهقا فيجب ثمانون درهما (قوله ولموصله من أقل

منها) أي مدة السفر (بقسطه) أي بحسابه لان العوض يوزع على المعوض ضرورة
المقابلة (وفي الاخيرين) أي المدبر وام الولد (اذا مات المولى قبل وصولهما اليه فلا
جعل له) لان أم الولد تعتق بموته فتكون حرة ولا جعل في الحر وكذا المدبر ان خرج
من الثلث وان لم يخرج فكذا عندهما لانه حر مديون اذ الاعتاق لا يتجزأ عندهما
وعنده مكاتب ولا جعل في المكاتب كما سيأتي (فان أشهد) أي آخذ الآبق بأنه
أخذه ليرده الى مولاه (وأبق منه لم يضمن) لانه امانة عنده ولم يتعد (والا) اى
وان لم يشهد (ضمن) لانه غاصب (ولا شئ له) في الوجهين أما في الاول فلانه لم يرده
الى مولاه وأما في الثاني فلانه بتركه الاشهاد صار غاصبا هذا عندهما وأما عند أبي
يوسف فلا يضمن و يستحق الجعل اذا رده لان الاشهاد عنده ليس بشرط فيه وفي
اللقطة (لا جعل برد المكاتب) لانه ليس بمملوك يدا (وعلى المرتهن جعل الرهن)
لان وجوب الجعل للراد باصابة مالية العبد وماليته حق المرتهن اذ موجب
الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن من المالية فكان الراد عاملا له فيجب الجعل
عليه (وان رد بعد موت الراهن) اذ الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا (كانت قيمته
مثل الدين أو أقل منه وفي الاكثر قدر الدين عليه والباقي على الراهن) لان حقه
بالقدر المضمون وصار كثمن الدواء والتخليص عن الجناية بالفداء فانه على
المرتهن بالقدر المضمون فيه (وان كان مديونا فعلى) أي الجعل على (المولى ان
اختار القضاء) أي قضاء ما على العبد من الدين (وان أبى) من القضاء (بيع
العبد فبدئ بالجعل) أي أخذ صاحب الجعل جعله أولا (والباقي للغرماء) لانه
مؤنة الملك فتجب على من يستقر الملك له (وان كان) العبد (جانيا فعلى المولى
الفداء) أي الجعل على المولى ان اختار الفداء لانه طهره عن الجناية باختياره الفداء
وتبين ان الراد أحيا ماليته (والاولياء في الدفع) أي الجعل على الاولياء ان اختار
المولى دفع العبد اليهم لانه أحيا حقهم (وان كان) العبد (موهوبا فعلى الموهوب
له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد) لان الملك للموهوب له عند الرد فزواله
بالرجوع بتقصير منه وهو ترك التصرف فيه فلا يسقط عنه الواجب بالرد (وان
كان لصبي ففي ماله) لانه مؤنة ملكه (وان رده وصيه فلا جعل له) لان تدبيره
واجب عليه فلا يستحق الاجر به (أبق بعد البيع وقبل القبض خير المشتري) أي
فالمشتري مخير (ان شاء صبر حتى يرجع) الآبق (أو رفع) الامر (الى القاضي
ليفسخ) العقد بحكم بعجز البائع عن التسليم ذكره في الكافي في باب التصرف
في الرهن

﴿كتاب المفقود﴾

(هو) لغة من فقدت الشئ غاب عني وأنا فاقد وهو مفقود واصطلاحا (غائب لم
يدر اثره) أي في أي موضع هو (ولم يسمع خبره) أحي هو أم ميت (حي في حق
نفسه) بالاستصحاب (فلا نكاح لعرسه) لكونه مخالفا لقوله تعالى والذين يتوفون
منكم الآية (ولا يقسم ماله قبل أن يعرف حاله) لان ظاهر حاله الحياة والقسمة
بعد الممات (ولا تفسخ اجارته) لانها لا تفسخ قبل الموت (ويقيم القاضي من

منها بقسطه) أي فيقسم الاربعون على
الايام الثلاثة كما في البرهان وقال الزيلعي
ذكر في الاصل انه يرضخ اذا وجده في
المصر أو خارج المصر وعن أبي حنيفة انه
لا شئ له في المصر ثم ان اتفقا في الرضخ والا
فالامام يقدره (قوله وان رده وصيه فلا
جعل له) كذا أحد الابوين والابن الى
أحدهما ومن في عيال سيده وأحد
الزوجين للآخر ومن يعول اليتيم ومن
استعان به المالك في رده اليه والسلطان
والشحنة والخفير كما في الاشباه والنظائر

﴿كتاب المفقود﴾

(قوله هو لغة من فقدت الشئ الخ) قال
في البرهان وهو مشتق من الفقد والاسم
في اللغة من الاضداد تقول فقدت الشئ
أي أضللته وفقدته أي طلبته وكلا المعنيين
يتحقق في المفقود فقد ضل عن أهله وهم
في طلبه

يقبض حقه) الكائن فى ذمم الناس (ويحفظ ماله ويبيع ما يخاف فساده) لان القاضى نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه كالصبى والمجنون والمفقود كذلك وفى نصب الحافظ له والقائم عليه نظر له فانه يقبض غلاته والدين الذى أقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم فى كل دين وجب بعقده لانه أصيل فى حقوقه ولا يخاصم فى الدين الذى تولاه المفقود ولا فى نصيب له فى عقار أو عروض فى يد آخر لانه ليس بمالك ولا نائب عنه بل هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف وانما الخلاف فى الوكيل بالقبض من جهة المالك فى الدين فان ادعى أحد على المفقود حقا من الحقوق لم يلتفت الى دعواه ولم يقبل منه بينة ولم يكن وكيل القاضى ولا أحد من الورثة خصما وان رأى القاضى سماع البينة وحكم بذلك لم ينفذ حكمه لان الاختلاف فى نفس القضاء ذكره الزيلعى (وينفق على اقربائه بالولاد كولده وابويه وعرسه) لما مر فى باب النفقات الاصل ان كل من يستحق النفقة فى مال المفقود حال حضوره بلا قضاء القاضى ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها فى حضوره الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب لا يجوز (لا يفرق بينه وبينها) اى بين المفقود وعرسه لقوله صلى الله عليه وسلم انها امرأته حتى يأتى البيان (ولو لاربع سنين) وعند مالك اذا مضى أربع سنين يفرق بينهما وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج ان شاءت (وميت) عطف على حى (فى حق غيره فلا يرث من غيره ولا يستحق ما أوصى له به اذا مات الموصى بل يوقف قسطه من مال مورثه وموصيه الى موت أقرانه فى بلده) اختلف فى تقدير مدة حياته وظاهر الرواية ما ذكرنا فان ما تقع الحاجة الى معرفته فطريقه فى الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد كل اقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر الغالب واعتبر اقرانه فى بلده لان التفحص عن حال الاقران فى كل البلدان خارج عن الامكان وقال الزيلعى المختار أن يفوض الى رأى الامام لانه يختلف باختلاف البلاد وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الاشخاص فان الملك العظيم اذا انقطع خبره يغلب على الظن فى أدنى مدة انه مات لا سيما اذا دخل مهلكة ولم يكن سبب اختلاف الناس فى مدته الا اختلاف آرائهم فيه فلا معنى لتقدير المدة له (فان ظهر قبله) اى قبل موت أقرانه (حيا فله ذلك) اى القسط الموقوف (وبعده) أى بعد موت اقرانه (يحكم بموته فى) حق (ماله يوم تمت المدة) الظرف متعلق بماله أى يحكم بموته فى حق ماله الذى فى يده وتحت تصرفه حقيقة أو حكما يوم تمام المدة (فتعتد عرسه) لانه كأنه الآن مات (للموت) يعنى أربعة أشهر وعشرا (ويقسم ماله بين من يرثه الآن) ولا يرثه وارث مات قبل المدة (وفى مال غيره) عطف على فى ماله اى يحكم بموته فى حق مال غيره (من حين فقد) حتى لا يكون بعد ذلك الحين مالكا لمال

(قوله ويخاصم) يعنى الوكيل فى كل دين وجب بعقده أى عقد الوكيل (قوله فان ادعى أحد على المفقود حقا الخ) مفرع على قوله ولا يخاصم فى الدين الذى تولاه المفقود الخ (قوله وان رأى القاضى سماع البينة الى قوله ذكره الزيلعى) أقول نعم ذكره الزيلعى لكن على سبيل الاستشكال على ما نص فى المذهب بخلافه فانه قال ولا يخاصم فى دين لم يقر به الغريم الى أن قال لما فيه من تضمن الحكم على الغائب ثم قال فاذا كان يتضمن الحكم على الغائب لا يجوز عندنا فلو قضى به قاض يرى ذلك جاز لانه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه بالاتفاق فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغى أن يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضى محدودا فى قذف قلنا ليس كذلك بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أم لا فاذا رآه القاضى حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود فى قذف هكذا ذكرهنا وهو مشكل فان الاختلاف فى نفس القضاء والا لم يتصور الاختلاف فى نفس القضاء أبدا فاذا كان الاختلاف فى نفس القضاء فلا ينفذ حكمه حتى ينفذه حاكم آخر بخلاف ما اذا كان الاختلاف فى واقعة فحكم الحاكم بأحد القولين حيث ينفذ حكمه فيه من غير تنفيذ احد لوجود الاختلاف فيها قبل الحكم اه فليتأمل (قوله وينفق على اقربائه بالولاء الخ) يعنى ما كان من جنس حقهم كالدراهم والدنانير وتمام الكلام عليه فى التبيين (قوله وظاهر الرواية ما ذكرنا) هكذا ذكره الزيلعى والبرهان وقال شيخ الاسلام خواهر زاده هذا القول أصح كما فى ابن الضياء وفى البرهان وحكم بموته بعد تسعين سنة على المفتى به والارفق بالناس التقدير بتسعين سنة لانه أقل المقادير والفحص عن حال الاقران انهم ماتوا ولا غير ممكن أو فيه حرج

الغير لانه كأنه ميت والميت لايملك . لا (فيرد ما وقف له الى من يرث مورثه عند موته) لانه المستحق لهذا المال الموقوف الى الآن وذلك لما تقرر في الاصول ان الاستصحاب وهو ظاهر الحال حجة دافعة لامثبتة فالمفقود قبل المدة حى فلا يرثه الوارث الذى كان حيا وقت فقده ومات قبل الحكم بموته لان الظاهر انه كان حيا فيصلح حجة لدفع أن يرثه الغير وفى مال غيره ميت لان الظاهر لا يصلح للحجية لايجاب ارثه من الغير فيرد ما وقف للمفقود الى من يرث مورثه يوم موته (ليس للقاضى تزويج أمة الغائب والمجنون وعبدهما وله أن يكاتبهما او يبيعهما) كذا فى الفصول العمادية

﴿ كتاب اللقيط ﴾

وهو لغة ما يلقط أى يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول ثم غلب على الصبي المنبوذ باعتبار مآله لانه يلقط وشرعا مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من التهمة (ندب رفعه) ان لم يخف هلاكه بان وجد فى الامصار لان فيه اظهار الشفقة على الاطفال وهو من أفضل الاعمال (ووجب ان خيف هلاكه) بان وجد فى مفازة ونحوها من المهالك كمن رأى أعمى يقع فى البئر ونحوه يجب عليه حفظه عن الوقوع وهو فرض كفاية لحصول المقصود بالبعض (وهو حر الابحجة رقه) لان الاصل فى بنى آدم الحرية لكونهم أولاد آدم وحواء ولان الاصل فى دار الاسلام أيضا الحرية ثم انه حر فى جميع الاحكام حتى ان قاذفه يحد لا قاذف أمه لوجود ولد منها لا يعرف له أب (ونفقته وجنايته فى بيت المال وارثه له) لان الغرم بالغنم انفاق الملتقط عليه تبرع لا يكون دينا عليه) أى اللقيط (وان أمره) أى الملتقط (القاضى به) أى بالانفاق (فى الاصح الا أن يقول على أن يكون دينا عليه) فحينئذ يكون دينا على اللقيط يرجع به الملتقط عليه لان للقاضى ولاية عليه وانما قال فى الاصح لان مجرد أمر القاضى بالانفاق عليه يكفى فى الرجوع على اللقيط فيما ذكره الطحاوى كما اذا قضى دينا على شخص امره فانه يرجع عليه وفى الاصح لا يرجع الا اذا صرح بما ذكر لان مطلقه قد يكون للحث والترغيب فلا يرجع عليه بالاحتمال (فان ادعى الملتقط الانفاق كما ذكر) أى بقول القاضى على أن يكون دينا عليه (فكذبه) أى اللقيط الملتقط (لا يرجع الا ببينة) بخلاف الوصى اذا انفق على الصغير حيث يصدق فى الانفاق المتعارف ولا يحتاج الى بينة (أبى الملتقط أن ينفق عليه وسأل القاضى أن يأخذه منه فانه) أى القاضى (لا يقبله) أى اللقيط (الا ببينة على كونه لقيطا) لانه متهم لاحتمال أن يكون ولده أو بعض من تلزمه نفقته واحتال بهذه الحيلة ليدفع النفقة عن نفسه واذا أقامها قبلها القاضى بلا خصم حاضر (وبعدها) أى بعد البينة (الاولى قبوله ان علم عجزه) أى عجز الملتقط (فان) أى بعد ما قبله ان (وضعه) أى القاضى (عند آخر فطلبه الاول فهو) أى القاضى (مخير بين الدفع وعدمه (ولا يؤخذ من آخذه) لسبقه فى الاخذ (وان دفعه) أى آخذه (الى آخر ليس له الاخذ منه) لاسقاط حقه (ونسبه) يثبت (ممن ادعاه ولو) كان المدعى (رجلين) فيكون ولدا لهما كما فى الجارية المشتركة (أو) يثبت (ممن يصف

﴿ كتاب اللقيط ﴾

(قوله بأن يوجد فى الامصار) المراد وجدانه فى موضع لا يخاف عليه الهلاك سواء كان مصرا أو قرية (قوله وهو فرض كفاية لحصول المقصود بالبعض) أقول ظاهره أنه اذا لم يوجد غيره يكون فرض عين عليه (قوله ونسبه يثبت ممن ادعاه) يعنى اذا لم يدعه الملتقط استحسانا ويكون أحق بحفظه من الملتقط على الاصح وقيل يصح فى حق النسب دون ابطال اليد للملتقط وان ادعاه الملتقط فدعوة الملتقط أولى وان كان ذميا والآخر مسلما كذا قال الزيلعى ثم قال والمسلم أحق من الذمى عند التنازع لانه أنفع له اذا كان حرا وان كان عبدا فالذمى أولى لان الترجيح بالاسلام يكون عند الاستواء ولا استواء وكذا العبد لا يترجح بالسيد اه (قوله ولو كان المدعى رجلين) أقول بأن ادعيا معا كما فى البرهان وقال الزيلعى وذلك عند عدم المرجح لاحدهما من يد أو بينة أو ذكر علامة اه أقول أو حرية أو اسلام ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لعدم النزاع ولو ادعى الآخر بعده الا ببينة

منهما) اى الرجلين المدعيين (علامة به) فانه حينئذ يكون ولد الواصف دون الآخر (أو ذات زوج) عطف على رجلين اى ولو كان المدعى امرأة ذات زوج فانه يكون ولدهما (ان صدقها) اى الزوج (أو برهنت) هى على أنه ولدها (أو) كان المدعى (امرأتين فبرهنت كل) على أنه ولدها فانه يكون ولدهما (أو عبدا) اى ولو كان المدعى عبدا يثبت نسبه منه (فيكون حرا) لان الاصل فى دار الاسلام الحرية (أو ذميا يثبت نسبه منه فيكون مسلما ان لم يكن فى مقرهم) اى مقر الذميين بل فى مصر من امصار المسلمين أو قرية من قراهم أو موضع فيه كفار ومسلمون (وذميا ان كان فيه) اى مقر الذميين بان وجد فى قرية من قرى أهل الذمة أو بيعة أو كنيسة (ما شد عليه) من المال (أو على دابة هو عليها له) اى للقيط اعتبارا للظاهر (صرفه) اى الملتقط ذلك المال (اليه) اى اللقيط (بامر القاضى) لانه مال ضائع وللقاضى ولاية صرف مثله اليه (وقيل بدونه) لانه للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق عليه (للملتقط قبض هبته) اى ما وهب للقيط لانه نفع محض (ونقله حيث شاء) ذكره قاضيخان (وتسليمه فى حرفة) لانه من تأديبه وحفظ حاله (لا انكاحه) لانتفاء سبب الولاية من القرابة والملك والحكومة (ولا تصرف فى ماله) كالام فان ولاية التصرف لتثمير المال وهو يحصل بالرأى الكامل والشفقة الوافرة والموجود فى كل منهما احدهما (و) لا (اجارته) لانه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام فانها تملكها كما ذكر فى كتاب الكراهية (فى الاصح) احتراز عما قيل تجوز اجارته لانه يرجع الى تأديبه والاول رواية الجامع الصغير (ولا ان يختنه فان فعل وهلك به ضمن) كذا فى الخانية

﴿ كتاب اللقطة ﴾

وهى اسم اللقيط فى المعنى لكن غلب استعمال اللقيط فى الآدمى واللقطة فى غيره (ندب رفعها لصاحبها) لانه ان تركها ربما تصل اليها يد خائنة فتكتمها عن مالكها فيضيع ماله فكان رفعها وسيلة الى ايصال الحق الى المستحق ولهذا قالوا يجب اذا خاف الضياع كما مر (فان أشهد عليه) بانه اخذها ليردها على صاحبها (وعرف) فى مكان وجدت فيه وفى الجامع بان ينادى انى وجدت لقطة لا أدرى مالكها فليأت مالكها وليصفها لاردها عليه (الى أن علم ان صاحبها لا يطلبها أو انها تفسد) ان بقيت بعد هذا كالاطعمة المعدة للاكل وبعض الثمار (كانت امانة) عنده حتى اذا هلكت بلا تعد لم يضمن (قلت أو كثرت واخذت من الحل أو الحرم) وعند الشافعى يجب تعريف لقطة الحرم الى أن يجىء صاحبها (فينتفع) اى الرافع (بها) اى باللقطة (لو فقيرا والا تصدق بها) على فقير (ولو على اصله) من الآباء والامهات الفقراء (وفرعه) من الاولاد واولادهم الفقراء (وعرسه) الفقيرة (فان جاء صاحبها اجازه) اى التصدق (وله اجره) اى الثواب (أو اخذها من الفقير لو كانت قائمة والا ضمن) صاحبها (الآخذ أو الفقير بلا رجوع بينهما) يعنى ان ضمن

(قوله وذميا ان كان فيه) لا يخفى ما فيه من القصور لانه صادق بما اذا كان الملتقط له من مقر الذميين مسلما وذلك مختلف فيه ففى كتاب اللقيط العبرة للمكان وفى رواية ابن سماعة عن محمد العبرة للواجد وفى رواية أيهما كان موجبا الاسلامه فهو المعتبر وفى رواية يحكم زيه اهـ وفى البرهان فان وجده مسلم فى مواضع المسلمين كان مسلما وان ادعاه ذمى ويثبت نسبه منه لاحتياجه للنسب أو وجده ذمى فى مواضع أهل الذمة كان ذميا رواية واحدة أو وجده مسلم فى موضع أهل الذمة أو بالعكس فاعتبار المكان أو اعتبار الواجد أو الاسلام أو الزى روايات عن أبى حنيفة أصحها الاسلام وقد بسط الكلام عليه فى المبسوط اهـ

﴿ كتاب اللقطة ﴾

(قوله ندب رفعها) هذا اذا كان لا يخاف على نفسه الطمع فيها بأن يثق من نفسه الامانة والا فالترك أفضل صيانة لنفسه عن الوقوع فى المحرم (قوله وعرف الى أن علم أن صاحبها لا يطلبها) هو الصحيح وقيل يعرف المائتين فما فوقهما حولا والعشرة فما فوقها اشهرا وما دونها الى ثلاثة دراهم أياما عشرة أو شهرا ويعرف الثلاثة الى الدرهم جمعة أو ثلاثا والدرهم يوما والفلس بالنظر يمنة ويسرة ثم يضعه فى كف فقير أو يعرفها حولا مطلقا والصحيح الاول لان النبى صلى الله عليه وسلم قد زاد على السنة ونقص منها كما فى البرهان واستدل لذلك بما ذكره من الصحيحين وغيرهما (قوله واخذت من الحل أو الحرم الخ) يعنى انه ينتفع بها أو يتصدق بها بعد التعريف ولو أخذت من الحرم وعند الشافعى لا ينتفع ولا يتصدق بها وانما يعرف أبدا الى ان يجىء صاحبها (قوله فينتفع بها لو فقيرا) أقول وذا باذن القاضى عند الاكثر وقيل بدونه كما فى البرهان

(قوله وان تصادقا على أخذها لم يضمن) أقول وكذا لم يضمن لو أعاد اللقطة الى موضعها الذى وجدها فيه بعدما أخذها ليعرف وبرئ من ضمانها لو هلكت أو استهلكها رجل قبل أن يصل اليها صاحبها فى ظاهر الرواية والضمان على مستهلكها وقيل انما يبرأ اذا ردها قبل تحوله من موضعها كما فى البرهان (قوله وبه أى باذنه) يعنى القاضى دين على صاحبها أقول وبمجرد اذنه لا يكون دينا فى الاصح فلا بد من ان يشترط ويجعله دينا عليه كما فى اللقيط ولا يأمر بالانفاق حتى يقيم البينة انها لقطة عنده فى الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا فى يده فيحتال لايجاب النفقة على صاحبها وهو لا يجب عليه فى المغصوب وهذه البينة ليست للقضاء وانما هى لينكشف الحال فتقبل مع غيبة صاحبها كما فى التبيين (قوله وأنفق عليها منه يومين أو ثلاثة الخ) أقول التقييد بهذه المدة ينبغى ان يكون فيما اذا لم يكن لها نفع ليبقى دينا يسيرا على المالك لا يستأصل اللقطة أما لو كان فينفق عليها من غلتها احياء للدابة ونظرا للمالك حيث لا يلزمه دين وان طالت المدة اه لما قال فى البرهان وان كان للبهيمة نفع آجرها القاضى وأنفق عليها من غلتها أى أمر الملتقط بذلك احياء للدابة ونظرا للمالك حيث لا يلزمه دين وكذا يفعل بالآبق وان لم يكن لها نفع اذن بالانفاق عليها ان رآه مصلحة بأن كانت اللقطة نفيسة والمدة قريبة كيومين أو ثلاثة وان لم يره مصلحة أو امر به ولم يظهر أمر ببيعها وحفظ ثمنها اه (قوله قال فى الهداية الخ) قال العلامة المقدسى رحمه الله أقول يمكن التوفيق بحمل ما فى الهداية والكافى على ما اذا كان المستأجر ذا قوة ومنعة لا يخاف عليه عنده وما فى غيرهما على خلافه أو يحمل كلامهما على الايجار مع اعلام المؤجر بحاله ليحفظ غاية الحفظ وما فى غيرهما على الايجار مع جهله بحاله اه (قوله فان هلكت بعد حبسه سقطت لانه فى معنى الرهن) هكذا ذكر فى الهداية وتبعه جماعة ممن صنف وليس بمذهب لاحد من علمائنا الثلاثة وانما هو على قول زفر ولا يساعده الوجه قال القدورى فى التقريب قال أصحابنا لو أنفق على اللقطة بأمر القاضى وحبسها بالنفقة فهلكت لم تسقط النفقة خلافا لزفر لانها دين غير بدل عن العين ولا عن عمل منه فيها ولا تناولها عقد يوجب الضمان وبهذا القيد الاخير خرج الجواب عن قياس زفر على المرتهن وهو الوجه المذكور هنا وفى الهداية والله أعلم وقال فى الينابيع ولو أنفق الملتقط على اللقطة بأمر الحاكم وحبسها ليأخذ ما أنفق عليها فهلكت لم تسقط النفقة عند علمائنا خلافا لزفر اه من خط الشيخ قاسم كذا بخط الشيخ على المقدسى وكتب بعده أقول ان خرج الجواب بما ذكر عن قياسه بالرهن لا يخرج الجواب عن قياسه بعمل الآبق وقد ذكره فى الهداية ونص انه اليه أقرب ويمكن أن يكون عن علمائنا فيه رواية أو اختار قول زفر صاحب الهداية فتأمله ع اه (قوله بين مدعيها علامتها حل الدفع) قال فى البرهان وان صدقه قيل بالجبر على الدفع وعدمه أى عدم الجبر ولو دفعها بعلامة أو تصديق ثم استحقت بالبينة ضمن الملتقط ورجع بما ضمن على المدفوع اليه فى الصحيح

الآخذ لا يرجع على الفقير وان ضمن الفقير لا يرجع على الآخذ (وان لم يشهد) عطف على قوله فان أشهد (فان اقر) أى الملتقط (بأخذها له) نفسه (ضمن وفاقا) ان هلكت فى يده لانه متعد (وان تصادقا) أى الملتقط والصاحب (على أخذها لصاحبها لم يضمن وفاقا) لان تصادقهما حجة فى حقهما وصار كالبينة (وان اختلفا) بأن قال الملتقط أخذتها لك وقال صاحبها أخذتها لك (ضمن) عند أبى حنيفة ومحمد (الا عند أبى يوسف) بل القول له فى انه أخذها للرد (وان لم يجد من يشهده أو وجد لكنه ترك لخوفه من أخذ الظالم اياها قالوا لم يضمن) ذكره الزيلعى (كذا البهيمة) فى الاحكام المذكورة (وما أنفق) الملتقط (عليها) أى البهيمة (بلا اذن القاضى تبرع وبه) أى باذنه (دين على صاحبها) فاذا حضر يأخذه منه الملتقط بحكم القاضى (وآجر القاضى ماله نفع) أى ينتفع به بالاجارة كالفرس والبغل والحمار والثور (وأنفق عليها منه) يومين أو ثلاثة بقدر ما يقع عنده ان المالك لو كان حيا لحضر لان فيه ابقاء العين على ملكه بلا الزام الدين عليه قال فى الهداية والكافى فى هذا المقام وكذلك يفعل بالآبق ولم أجده فى غيرهما بل وجدت فى المحيط والبدائع والخلاصة خلافه حيث قالوا لا تجوز اجارة الآبق لاحتمال أن يأبق ولهذا تركته (وما لا نفع له) من البهائم كالشاة ونحوها (اذن القاضى بالانفاق عليها وشرط الرجوع على صاحبها) لما مر انه الاصح (ان كان) الانفاق (هو الاصلح والا أمر) ابتداء (ببيعها وحفظ ثمنها) لان النفقة الدائرة مستأصلة (وللمنفق حبسها) أى منع البهيمة عن صاحبها (لاخذ نفقتها) لان ابقاءها الى الآن كان بنفقته فصار كأنه استفاد الملك منه (فان هلكت بعد حبسه سقطت) لانه فى معنى الرهن فيهلك بما حبسه به (وقبله لا) اذ لا تعلق له به وانما يأخذ حكم الرهن عند اختيار الحبس (بين مدعيها علامتها حل الدفع) لقوله صلى الله عليه وسلم فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها وهذا الامر للاباحة

لان وجوب الدفع انما هو بالبينة علا بالشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم البينة للمدعى واليمين على من انكر (ولا يجب بلا حجة) لما ذكرنا وعند الشافعى يجب ببيان العلامة (رجل مات بالبادية جاز لرفيقه بيع متاعه ومركبه وحمل ثمنه الى أهله) كذا فى الفصول العمادية (حطب وجد فى الماء ان كان له قيمة فلقطة) يراعى فيه حكمها (والا فحلال لمن أخذ) كسائر المباحات الاصلية

﴿ كتاب الوقف ﴾

(هو) لغة بمعنى الحبس فان وقف الذى مصدره الوقف متعد بمعناه ماذكر ووقف الذى مصدره الوقوف لازم وشرعا (حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنافع) بمنزلة العارية (خلافا لهما) فانه عندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه يعود نفعه الى العبد فيلزم ولا يباع ولا يورث لهما ان عمر رضى الله تعالى عنه قال يارسول الله انى استفدت مالا وهو عندى نفيس أفأتصدق به فقال صلى الله عليه وسلم تصدق بأصلها لايباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لتنفق ثمرته فقد نص على انه لازم وله قوله عليه الصلاة والسلام لاحبس عن فرائض الله أى لامال يحبس بعد موت المالك عن القسمة بين ورثته فمن قال بانه لا يبقى على ملكه يلزمه القول بالحبس عن فرائض الله تعالى (وقيل الفتوى على قولهما) كذا فى الكافى وفرع على قوله والتصدق بالمنافع بقوله (فلم يصح فى رواية) يعنى اذا تضمن الوقف التصدق بالمنافع لم يجز لان المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لايجوز (وصح فى الاصح) يعنى ان الاصح انه صحيح اجماعا لان التصدق بالمنافع جائز عندهما ايضا كما جاز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره وغلة نخله لكنه غير لازم عنده ولذا قال (ولم يلزم) ابقاء للملك كما فى العارية والمراد باللزوم ان لايجوز للواقف ابطاله فى حياته ولوارثه بعده فلو وقف على الفقراء او بنى سقاية وخانا لبنى السبيل أو رباطا وجعل ارضه مقبرة لايزول ملك الواقف وفرع على عدم اللزوم بقوله (فصح تملكه) فى حياته (وارثه) اى كونه موروثا بعد موته (والرجوع عنه ولو فى مرض موته الا بالقضاء) استثناء من قوله لم يلزم أى لايكون الوقف لازما الا باحد امور اربعة ذكر الاول بقوله بالقضاء (من) قاض يرى ذلك (مولى) من قبل السلطان غير محكم بان كان قاضيا بتحكيم الخصمين اياه فانه ان حكم لم ينفذ حتى جاز للمولى ان ينقضه كما تقرر فى موضعه وطريق القضاء ان يسلم الواقف ما وقف الى المتولى ثم يرجع بحكم انه غير لازم فاذا ترافعا الى الحاكم وحكم بانقطاع ملكه عن الوقف لزم بالاجماع لانه فصل مجتهد فيه فاذا لحقه حكم المولى لزم كسائر الاحكام الصادرة عن الحكام ومايذكر فى صك الوقف ان قاضيا من القضاة قضى بلزوم هذا الوقف وبطلان حق الرجوع ليس بشئ فى الصحيح كذا فى الكافى والخانية وذكر الثانى بقوله (أو بالموت اذا علق به) بان قال اذا مت فقد وقفت دارى على كذا ثم مات صح ولزم ان خرج من الثلث لان الوصية بالمعدوم جائزة كالوصية بالمنافع كما مر ويكون ملك الميت فيه باقيا حكما فيتصدق

عنه

(قوله حطب وجد فى الماء الخ) أقول ويحل أخذ التفاح والكمثرى من الانهار وكذا ما يبقى من الثمار الواقعة تحت الاشجار فى غير الامصار على المختار كأخذ النوى وقشور الرمان المنبوذ لا المجموع وكأخذ السنابل بعد رفع الزرع (فرع مهم) أخذ ملكه ووجد غيره فى مكانه لايملكه ويصير كاللقطة فى الحكم

﴿ كتاب الوقف ﴾

(قوله هو حبس العين على ملك الواقف) يعنى على حكم ملك الواقف (قوله فلم يصح فى رواية) قال فى البرهان وذكر فى الاصل كان ابو حنيفة لايجيز الوقف فأخذ الناس بظاهر هذا اللفظ وقالوا لايجوز الوقف عنده قلنا مراده أن لايجعله لازما فأما اصل الجواز فثابت عنده اه وذكر وجهه (قوله او بالموت اذا علق به) قال فى البرهان أو اضيف اليه (قوله أى لايكون الوقف لازما الا باحد امور اربعة) يعنى لزوما حاليا أو مآليا لما سنذكر

عنده دائما وان لم يخرج منه جاز بقدر الثلث وبقي الباقي الى أن يظهر له مال آخر او يجيز الورثة وان لم يظهر ولم يجيزوا قسم الغلة بينهم اثلاثا ثلثها للوقف والثلثان للورثة وفي قوله أو بالموت اذا علق به اشارة الى ان مجرد التعليق بالموت لا يفيد زوال الملك بل لابد من الموت بعد التعليق ليفيده وذكر الثالث بقوله (أو بقوله وقفتها في حياتي وبعد مماتي مؤبدا) فانه جائز عندهم لكن عند أبي حنيفة مادام حيا كان هذا نذرا بالتصدق بالغلة فكان عليه الوفاء بالنذر وله أن يرجع عنه ولو لم يرجع حتى مات جاز من الثلث ويكون سبيله سبيل من اوصى بخدمة عبده لانسان فان الخدمة تكون للموصى له والرقبة على ملك المالك حتى اذا مات الموصى له بالخدمة يصير العبد ميراثا لورثة المالك الا أن في الوقف لا يتصور انقطاع الموصى لهم فتتأبد هذه الوصية وذكر الرابع بقوله (أو ببنائه مسجدا وافرازه بطريقه) شرط الافراز لان المسجد لابد أن يكون خالصا لله تعالى لقوله تعالى وان المساجد لله أي مختصة به تعالى فلا يخلص له تعالى الا به (والاذن للناس بالصلاة فيه وصلاة جماعة وقيل) لا حاجة الى صلاة جماعة (بل كفى واحد) اذا صلى فيه شرط الاذن لهم بها لان التسليم شرط لصيرورته مسجدا عندهما خلافا لابي يوسف ويشترط في كل نوع تسليم يليق به وهو في المسجد بالصلاة فيه وهذا الوجه والوجه الاول مع افادتهما اللزوم بالنظر الى الواقف ووارثه يفيدان خروج الوقف عن ملك الواقف والوجه الثاني يفيد بموت الواقف لزوم الوقف بالنظر اليه وخروجه عن ملكه أيضا ولزومه بالنظر الى الوارث ان خرج من الثلث والوجه الثالث لا يفيد خروجه عن ملكه مادام حيا ولا لزومه بالنظر اليه لجواز رجوعه بل بالنظر الى الوارث ان خرج من الثلث ثم انهما بعدما خالفا الامام في عدم زوال ملك الواقف وقالا بزواله اختلفا فيما يتم به الوقف فذكره بقوله (ولم يتم) عطفا على قوله لم يلزم يعني بعدما لزم بأحد الامور المذكورة لم يتم (الا بذكر مصرف مؤبد عند محمد) لانه تصدق بالمنفعة أو الغلة وذا قد يكون مؤقتا وقد يكون مؤبدا فاطلاقه لا يدل على التأبيد فلابد من التنصيص (فلو وقف على أولاده) مثلا بأن قال وقفته على أولادي ولم يزد عليه (وانقرضوا) أي الاولاد (عاد) الوقف الى الملك (عنده) لكونه منقطع الآخر (ولو وقت) بأن قال وقفته الى عشر سنين مثلا (بطل) اتفاقا لانه كالتوقيت في البيع (وعند أبي يوسف يتم بدونه) أي بدون ذكر التأبيد لان المقصود التقرب الى الله تعالى وهو تارة يكون بالصرف الى جهة يتوهم انقطاعها وأخرى بالصرف الى جهة لا يتوهم ذلك فيصح في الفصلين تحصيلا لمقصود الواقف (واذا انقطع) الموقوف عليه كالاولاد مثلا (صرف) الوقف عنده (الى الفقراء) فالصحيح ان التأبيد شرط اتفاقا لكن ذكره ليس بشرط عند أبي يوسف لان قوله وقفت أو تصدقت يقتضي الازالة الى الله تعالى وهو يقتضي التأبيد فلا حاجة الى ذكره كالاعتاق كما سيأتي وعند محمد يشترط ذكره لما مر (وهو) أي الوقف (عنده) أي عند أبي يوسف (اسقاط) أي شرع لاسقاط ملك الواقف عن العين (كالاعتاق) فانه اسقاط لحق المولى (لا تمليك

(قوله والوجه الثالث الخ) أقول هو والوجه الثاني سواء من حيث انهما يفيدان الخروج واللزوم بموت الواقف بخلاف الاول والرابع اذ لا يتوقف فيهما على الموت ويفيد انهما وان كان الواقف حيا (قوله يعني بعدما لزم بأحد الامور المذكورة) يعني عن أبي حنيفة (قوله ولم يتم الا بذكر مصرف مؤبد عند محمد) أقول فيه تأمل لان ظاهره شامل لوقف المسجد ولا مخالفة لمحمد في لزومه على الصورة المتقدمة بل هو موافق للامام في لزومه لما قال في البرهان ويزيل أبو يوسف ملك الباني عما بناه مسجدا بقوله جعلته مسجدا وشرطا افرازه عن ملكه وصلاة واحد فيه في رواية أو صلاة جماعة فيه باذنه في أخرى اهـ (قوله فلو وقف على أولاده وانقرضوا عاد الوقف) أقول لا تختص هذه الصورة بمحمد لما سيأتي ان أبا يوسف فرق بين قوله أرضي موقوفة وبين قوله أرضي موقوفة على ولدي فان الاول يصح والثاني لا يصح (قوله ولو وقت بطل اتفاقا) أقول يرد عليه ما في الخانية رجل وقف داره يوما أو شهرا أو وقتا معلوما ولم يزد على ذلك جاز الوقف ويكون وقفا أبدا (قوله وهو تارة يكون بالصرف الى جهة يتوهم انقطاعها وأخرى بالصرف الى جهة لا يتوهم ذلك فيصح في الفصلين) أقول يخالف هذا ما في الخانية حيث قال فرق أبو يوسف بين قوله أرضي موقوفة وبين قوله أرضي موقوفة على ولدي فان الاول يصح والثاني لا يصح لان مطلق قوله موقوفة ينصرف الى الفقراء عرفا فاذا ذكر الولد صار مقيدا فلا يبقى العرف اهـ فليتأمل

لله) لاستغنائه تعالى عن ذلك لانه المالك للواقف والوقف (ولا للعبد) ولا جاز
بيعه وسائر تصرفاته (فيخرجه) أي أبو يوسف الوقف عن الملك (بنفس القول)
بلا حاجة الى القضاء وغيره (ويجيز الشيوع) لان القسمة من تتمة القبض لانه
للحيازة وتمامها فيما يقسم بالقسمة وأصل القبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته
وقد عرفت أن الوقف عنده اسقاط الملك كالاعتاق والشيوع لا يمنع الاعتاق فلا
يمنع الوقف أيضا (وبه يفتي مشايخ العراق وعند محمد صدقة) لقوله صلى الله عليه
وسلم لعمر رضي الله تعالى عنه تصدق بأصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث (فيشترط)
أي محمد (التسليم) أي تسليم الواقف الوقف الى المتولي (والقبض) أي قبض
المتولي الوقف كما في الصدقة المنفذة دون الموصى بها فانها لا تزول عن ملك المتصدق
بمجرد القول بل بتسليمه وقبض الفقير وذلك لان التمليك من الله تعالى لا يتحقق
قصدا لما مر الا ان ما يثبت له تعالى من الحق في الصدقة يثبت في ضمن التسليم
الى العبد لتنزل منزلة الصدقات والزكاة ولو تم قبل التسليم لصار يده مستحقا عليه
والتبرع لا يكون سببا للاستحقاق على المتبرع (ويمنع الشيوع فيما قبل القسمة)
لان أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به القبض وتمامه فيما يحتمل القسمة
وفيما لا يحتملها يصح مع الشيوع حتى لو وقف نصف الحمام جاز (كالصدقة)
المنفذة فانه اعتبر الوقف بها فانها لا تتم في مشاع يقسم كما اذا قال تصدقت بنصف
هذه الدراهم العشرة على هذا الفقير فانها لا تتم ما لم يقبضه ذلك الفقير وتتم في
مشاع لا يقسم كنصف الحمام (وبه يفتي مشايخ بخارى) قال في مجمع الفتاوى ثم على
قول محمد لو كانت الارض بين رجلين فتصدقا بها صدقة موقوفة على المساكين أو
على وجه من وجوه البر التي يجوز الوقف عليها ودفعاها الى قيم يقوم عليها كان جائزا
لان المانع من الجواز على قوله هو الشيوع وقت القبض لا وقت العقد وههنا لم
يوجد الشيوع عند العقد لانهما تصدقا بالارض جملة ولا وقت القبض لانهما سلما
الارض جملة ولو تصدق كل واحد منهما بنصف هذه الارض مشاعا صدقة
موقوفة وجعل كل واحد منهما لوقفه متوليا على حدة لا يجوز لوجود الشيوع
وقت العقد لان كل واحد منهما باشر عقدا على حدة وتمكن الشيوع وقت القبض
أيضا لان كل واحد من المتوليين قبض نصفا شائعا فان قال كل واحد منهما
لمتوليه اقبض نصيبي مع نصيب صاحبي جاز ولو تصدق أحدهما بنصف الارض
صدقة موقوفة على المساكين ثم تصدق الآخر بنصفها كذلك وجعلا لذلك قيما
واحدا جاز لانه ان وجد الشيوع وقت العقد لم يوجد وقت القبض لان المتولي قبض
الارض جملة وهما سلما اليه جملة وكذا لو جعلا التولية الى رجلين معا لانهما صارا
كمتول واحد وكذلك لو اختلفت جهة الوقف جاز وكذا لو كان الواقف واحدا
فجعل نصف الارض وقفا على الفقراء مشاعا والنصف الآخر على أمر آخر جاز
وهذا كله على قول محمد أما على قول أبي يوسف يجوز الوقف في كلها لان الوقف عنده
يجوز غير مقبوض وغير مقسوم وبعض مشايخ زماننا أفتوا بقول أبي يوسف وبه
يفتي (واذا لزم) الوقف (وتم لا يملك) أي لا يكون مملوكا لصاحبه (ولا يملك) أي

(قوله وعند محمد صدقة فيشترط
التسليم الى المتولي) أقول يبنى في وقف
غير المسجد وفي المسجد تسليمه بالصلاة
فيه كما في البرهان والتبيين (قوله وعند
محمد صدقة فيشترط التسليم والقبض
ويمنع الشيوع فيما قبل القسمة) أقول
الفتوى على قول محمد لما في الخانية
امرأة وقفت دارها في مرضها على ثلاث
بنات لها وآخرها للفقراء وليس لها ملك
غير الدار ولا وارث لها غيرهن قال الثلث
الدار وقف والثلثان لهن يصنعن ما شئن
وهذا قول أبي يوسف والفتوى على قول
محمد اه (قوله قال في مجمع الفتاوى لي
قوله غير مقسوم) أقول هكذا هو في
الخانية

(قوله أو جعل فوقه بيتا فلا) أقول ظاهره انه لا فرق بين أن يكون البيت للمسجد أولا الا أنه يؤخذ من التعليل ان محل عدم كونه مسجدا فيما اذا لم يكن وقفا على مصالح المسجد وبه صرح في الاسعاف فقال اذا كان السرداب أو العلو لمصالح المسجد أو كانا وقفا عليه صار مسجدا (قوله كما لو جعل وسط داره مسجدا وأذن بالصلاة فيه حيث لا يكون مسجدا) أقول لعل هذا خاص بما اذا كر خلاف ما لو كان في خان لما قال في فتاوى قاضيخان من كتاب الشفعة رجل له خان فيه مسجد أفرزه صاحب الخان وأذن للناس بالتأذين والصلاة للجماعة فيه ففعلوا حتى صار مسجدا ثم باع صاحب الخان كل ١٣٥ حجرة في الخان من رجل حتى صار دربا ثم بيع منه حجرة قال محمد الشفعة لهم لاشتراكهم في طريق الخان وقد كان الطريق مملوكا اه فهذا يقتضي صحة المسجد في داخل الخان والمسئلة واقعة الحال كما في مساجد خانات مصر (قوله لان ملكه محيط بجوانبه) قال ابن الهمام وعن كل من أبي حنيفة ومحمد انه يصير مسجدا لانه لما رضي بجعل وسط داره مسجدا وان يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق بلا ذكره كالاجارة (قوله ولو خرب ما حوله واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) هو المفتى به لما قال في الحاوي القدسي قال أبو يوسف هو مسجد أبدا الى قيام الساعة لا يعود ميراثا ولا يجوز نقله ونقل ماله الى مسجد آخر سواء كانوا يصلون فيه أو لا وهو الفتوى اه وفي خزانة المفتين هو مسجد أبدا وهو الاصح فلو بنى أهل المحلة مسجدا آخر فاجتمعوا على بيع الاول ليصرفوا ثمنه الى الثاني فالاصح انه ليس لهم ذلك (قوله ومثله حصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنهما حيث لا يدخلان في الملك عندهما) اقول فيباع و يصرف ثمنه الى حوائج المسلمين فان استغنى عنه هذا المسجد يحول الى مسجد آخر عند أبي يوسف كما في الخانية وفي البرهان بنقل الحصر والحشيش الى مسجد آخر على الصحيح من مذهب أبي يوسف أو يبيعها القيم لاجل المسجد اه (قوله خلافا لمحمد) قال في الخانية والفتوى على قول محمد رحمه الله اه

(قوله فيصرف وقف المسجد الخ) علمت ما ذكره في الحاوي القدسي من الفتوى بخلاف هذا وفي يتيمة الدهر سئل علي بن احمد عن مسجد خرب ومات اهله ومحلة اخرى فيها مسجد هل لاهلها ان يصرفوا وجه المسجد الخراب الى هذا المسجد قال لا اه

لا يقبل التمليك لغيره بالبيع ونحوه لاستحالة تمليك الخارج عن ملكه (ولا يعار ولا يرهن) لاقتضائهما الملك (ولا يقسم الا عندهما اذا كانت) أي القسمة (بين الواقف والمالك) أي اذا قضى قاضٍ بجواز وقف المشاع ونفذ قضاؤه وصار متفقا عليه كسائر المختلفات فان طلب بعضهم القسمة فعنده لا يقسم ويتهايئون وعندهما يقسم وأجمعوا أن الكل لو كان موقوفا على الارباب فارادوا القسمة لا يقسم كذا في المحيط وهو معنى قوله (لا الموقوف عليهم) لما ان القسمة تمييز وافراز لا بيع وتمليك فتجوز وله انها بيع معنى لاشتمالها على الافراز والمبادلة وجهة المبادلة راجحة في غير المثليات (ازال أبو يوسف المسجد) عن ملك الواقف (بقوله جعلته مسجدا) لان التسليم ليس بشرط عنده لانه اسقاط كالاعتاق (وشرطا الصلاة كما مر) اعاد ذكر المسجد لانه ذكره أولا في تعداد موجبات اللزوم وذكره هنا لمخالفة احكامه سائر الاوقاف في عدم اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد ومنع الشيوع عند أبي يوسف وخروجه عن ملك الواقف عند أبي حنيفة وان لم يحكم به الحاكم (وان جعل تحته سردابا) وهو معرب سردابة وهو بيت يتخذ تحت الارض للتبريد (لمصالحه جاز) كما في بيت المقدس (ولو جعل لغيرها أو) جعل (فوقه) أي فوق المسجد بيتا (وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله عن ملكه فلا) أي لا يكون مسجدا وله بيعه ويورث عنه اذا مات لان المسجد يجب خلوصه لله تعالى ولم يخلص هنا لبقاء حق العبد متعلقا باسفله أو باعلاه فلا تثبت احكامه وعن أبي يوسف انه جوز الوجهين حين قدم بغداد لضرورة ضيق المنازل وعن محمد انه حين دخل الري أجاز ذلك كله للضرورة (كما لو جعل وسط داره مسجدا وأذن للصلاة فيه) حيث لا يكون مسجدا وله بيعه ويورث عنه لان ملكه محيط بجوانبه فكان له حق المنع والمسجد لا يكون لاحد فيه حق المنع قال الله تعالى ومن أظلم ممن منع مساجد الله ان يذكر فيها اسمه (ولو خرب ما حوله واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) ولا يعود الى ملك بانيه ان كان حيا والى ملك وارثه ان كان ميتا (وعاد الى الملك عند محمد) لانه عينه لقربة معينة فاذا انقطعت عاد الى ملكه كالمحصر في الحج اذا بعث بالهدي ثم زال الاحصار وأدرك الحج كان له أن يصنع بهديه ما شاء ولهما ان القربة التي قصدها لم تزل بخراب ما حوله اذ الناس في المساجد سواء فيصلي فيه المسافرون والمارة وهدي الاحصار لم يزل عن ملكه قبل الذبح (ومثله حصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنهما) حيث لا يدخلان في الملك عندهما خلافا لمحمد (والرباط والبئر اذا لم ينتفع بهما) فانهما ايضا على هذا الخلاف (فيصرف وقف المسجد والرباط والبئر اقرب مسجد أو رباط أو بئر

اليه) تفريع على قولهما (اذا اتحد الواقف والجهة) بان بنى رجل مسجدين وعين لمصالح كل منهما وقفا (وقل مرسوم بعض الموقوف عليه) بأن انتقص مرسوم امام احد المسجدين أو مؤذنه مثلا بسبب كون وقفه خرابا (جاز للحاكم أن يصرف من فاضل) الوقف (الآخر اليه) لانهما حينئذ كشئ واحد (وان اختلف أحدهما) بأن بنى رجلان مسجدين أو رجل مسجدا ومدرسة ووقف لهما أوقافا (فلا) أى لا يجوز للحاكم أن يصرف من فاضل وقف أحدهما الى الآخر كذا فى البزازية (وقف ضيعة على الفقراء وسلمها الى المتولى ثم قال لوصيه أعط من غلتها فلانا كذا وفلانا كذا أو افعل ما رأيت من الصواب فجعله لهم باطل) لان الوقف بعد التسجيل خرج عن ملكه فلا يقدر وصيه على التصرف فيه (الا اذا كان شرط فى الوقف) قبل التسجيل (أن يصرف) أى الواقف (غلتها الى من شاء) كذا فى الخانية (جاز جعل شئ من الطريق مسجدا وعكسه) كذا فى كتاب الكراهية من الخلاصة وفى الفصل العاشر من العمادية (و) جاز أيضا (جعل الطريق مسجدا لا عكسه) اذ تجوز الصلاة فى الطريق لا المرور فى المسجد كذا فى العمادية (وجاز) أيضا (أخذ أرض بجنب المسجد اذا ضاق على الناس بالقيمة كرها) كذا فى مجمع الفتاوى (و) جاز أيضا (جعل الواقف الولاية لنفسه) لان المتولى يستفيد الولاية منه فيكون له ولاية ضرورة لكنه بعد ذلك ان كان غير مأمون على الوقف فللقاضى أن ينزعه من يده نظرا للفقراء وكذا لو شرط أن لا يخرجه سلطان أو قاض من يده ويولى غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع (وأجاز أبو يوسف جعل غلة الوقف لنفسه) يعنى اذا وقف وشرط الكل أو البعض لنفسه مادام حيا وبعده للفقراء بطل الوقف عند محمد وهلال لفوات معنى القربة بازالة الملك الى الله تعالى وقال أبو يوسف يصح اعتبارا للابتداء بالانتهاء فانه يجوز على جهة تنقطع فيعود الى ملك المالك ومشايخ بلخ أخذوا بقول أبى يوسف وعليه الفتوى ترغيبا للناس فى الوقف كذا فى الخانية وغيرها (وأجاز) أيضا (شرط) الواقف (ان يستبدل به أو يبيعه ويشترى بثمنه أرضا أخرى اذا شاء فاذا فعل صارت الثانية كالاولى فى شرائطها بلا ذكرها ثم لا يستبدلها بثالثة) لانه حكم ثبت بالشرط والشرط وجد فى الاولى لا الثانية (وأما بدون الشرط فلا يملكه) أى الاستبدال (الا القاضى) كذا فى الخانية (صح وقف العقار ببقره وأكرته) وهم عبيده (وسائر آلات الحراثة) تبعا للعقار (لا المنقول) لانه لا يتأبد (وعن محمد صحته فى المتعارف وقفيته) كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل اذا وقف مصحفا على أهل مسجد لقراءة القرآن ان كانوا يحصون جاز وان وقف على المسجد جاز ويقرأ فيه

(قوله جاز جعل شئ من الطريق مسجدا) قيده الزيلعى بقوله ويكون ذلك لا يضر بأصحاب الطريق وكذا فى فتح القدير اه وظاهره أن يبقى له حكم المسجد وقد قال فى جامع الفصولين المسجد الذى يتخذ من جانب الطريق لا يكون له حكم المسجد بل هو طريق بدليل انه لو رفع حوائطه عاد طريقا كما كان قبله اه (قوله أو عكسه) يعنى يجوز جعل شئ من المسجد طريقا قال الزيلعى وجاز لكل احد أن يمر فيه حتى الكافر الا الجنب والحائض والنفساء لما عرف فى موضعه وليس لهم أن يدخلوا فيه الدواب اه (قوله وجاز أيضا جعل الطريق مسجدا الخ) فيه نوع استدراك بما تقدم الا أن يقال ذاك فى اتخاذ بعض الطريق مسجدا وهذا فى اتخاذ جميعها ولا بد من تقييده بما اذا لم يضر كما تقدم ولا شك ان الضرر ظاهر فى اتخاذ جميع الطريق مسجدا لابطال حق العامة فى المرور المعتاد بدوابهم وغيرها فلا يقال به الا بالتأويل بأن يراد بعض الطريق لا كله فليتأمل (قوله لا عكسه) يعنى لا يجوز أن يتخذ المسجد طريقا وفيه نوع مدافعة لما تقدم الا بالنظر للبعض والكل ونقل المسئلة فى فتح القدير وقال ولهم جعل الرحبة مسجدا وقلبه كذا فى الخلاصة الا أن قوله وعلى القلب يقتضى جعل المسجد رحبة وفيه نظر اه فكيف يجعل طريقا وفيه تسقط حرمة المسجد فليتأمل (قوله فلا يملكه الا القاضى) يعنى به القاضى العامل ان رآه مصلحة كما فى البرهان (قوله صح وقف العقار ببقره وأكرته الخ) هذا قول أبى يوسف ومحمد (قوله وعن محمد صحته فى المتعارف) قال فى البرهان وزاد محمد ما تعورف وقفه كالمصاحف والكتب والقدور والقدوم والفاس والمنشار والجنازة وثيابها وما يحتاج اليه من الاوانى فى غسل الموتى وعليه عامة المشايخ منهم شمس الائمة السرخسى كما يجوز اتفاقا فى السلاح والكراع وبه يفتى ولا

ولا يكون مقصورا عليه وأما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لا يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه أبو جعفر يجيزه وبه نأخذ كذا في الخلاصة وعن الانصاري وكان من أصحاب زفر فيمن وقف الدراهم أو الطعام أو ما يكال أو ما يوزن أيجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال يدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بفضلها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال وما يوزن يباع فيدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة كالدراهم فعلى هذا البكر من الحنطة كذا في الخلاصة (بنى على أرضه فوقفه) اى البناء (بدونها) أي الارض (لم يجز) لان الاصل فيه العقار لانه مما يتأبد والحق به ما يتبعه وما ورد فيه الآثار وما فيه التعامل فبقي الباقي على أصل القياس (وقيل جاز) في الكافي ولو وقف البناء قصدا لم يجز في الصحيح وفي القاعدية عن أبي حنيفة انه أجاز وقف المقبرة والطريق كما أجاز المسجد وكذا القنطرة يتخذها رجل للمسلمين ويتطرقون فيها ولا يكون بناؤها ميراثا لورثته ثم قال وهذه المسئلة دليل على جواز وقف البناء بدون الاصل وذكر في الاصل ان وقف البناء بدون أصل الدار لا يجوز (ولو بنى) (على ارض موقوفة لجهة فوقفه) أي البناء (لها) اى لتلك الجهة (جاز بالاجماع) لاتحاد الجهة (ولو) وقفه (لغيرها اختلف فيه) قيل جاز وقيل لم يجز ثم الوقف اذا احتاج الى العمارة (تجب عمارته) سواء (شرط) الواقف العمارة (أو لا) فانها ان لم تكن مشروطة نصا فهي مشروطة اقتضاء لان مقصود الواقف ادراك الغلة مؤبدا على المصارف وهذا انما يحصل باصلاحها وعمارتها فيثبت شرط العمارة اقتضاء والثابت به كالثابت نصا (على الموقوف عليه) متعلق بيجب اى يجب على الموقوف عليه عمارته بمال نفسه ولا يؤخذ من الغلة شئ (لو) كان (معينا) بان وقف دارا على سكنى أولاده مثلا لانه المنتفع به والغرم بالغنم ولهذا يكون نفقة العبد الموصى بخدمته على الموصى له بها (والا) اى وان لم يكن معينا (بدأ بها) أي بالعمارة (من غلته) اى غلة الوقف لان الوقف اذا كان على غير معين لم يمكن مطالبتهم بها لكثرتهم وغلة الوقف أقرب اموالهم فيجب منها (ولم تزد في الاصح) يعني انما تجب العمارة عليه بقدر ما يبقى على الصفة التي وقفه المالك عليها وان خرب يبنى على تلك الصفة لانه بصفته صار غلته مستحقة الصرف الى الموقوف عليه فأما الزيادة فلا والغلة مستحقة له فلا يجوز صرف غلة مستحقة له الى جهة غير مستحقة الا برضاه (ولو أبى) اى المعين (عن عمارة الوقف أو عجز) عنها (عمره الحاكم) بأن آجره وعمره (باجرته فرده اليه) اى الموقوف عليه (ولا يجبر الآبي) (عليها) اى العمارة لان فيها اتلاف ماله ولا يجبر الانسان عليه كما لا يجبر صاحب البذر في المزارعة ولا يكون اباؤه رضا ببطلان حقه لانه في حيز التردد

(قوله وعن الانصاري وكان من أصحاب زفر الخ) أقول ظاهره أن هذا قول الانصاري وفي الخانية نقله عن زفر حيث قال وعن زفر
(قوله فعلى هذا البكر من الحنطة) أقول ان كان المراد أنه يدفع ثمنه مضاربة فلا حاجة الى ذكره بعد قوله وما يكال الخ اذ هو مكيل والا فلعل الكلام له تتمة حذفت لما قال قاضيخان بعد ما تقدم وما يكال ويوزن يباع فيدفع ثمنه بضاعة أو مضاربة كالدراهم قالوا على هذا القياس لو قال هذا الكر من الحنطة وقف على شرط ان يقرض للفقراء الذين لا بذر لهم فزرعوها لانفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء هذا أبدا على هذا الوجه اه فليتأمل (قوله وفي القاعدية الخ) أقول وفي الخانية أيضا مع زيادة حيث قال وحكي عن الحاكم المعروف بشروية انه قال وجدت في النوادر عن أبي حنيفة رحمه الله انه أجاز وقف المقبرة والطريق كما أجاز المسجد وكذا القنطرة يتخذها الرجل للمسلمين ويتطرقون فيها ولا يكون بناؤها ميراثا لورثته خص بناء القنطرة في بطلان الميراث قالوا تأويل ذلك اذا لم يكن موضع القنطرة ملك الباني وهو المعتاد والظاهر ان الانسان يتخذ القنطرة على النهر العام وهذه المسئلة دليل على جواز وقف البناء بدون الاصل اه وفي كافي النسفي ولو وقف البناء قصدا لم يجز في الصحيح اه وقال قارئ الهداية في فتاواه وقف البناء والغرس دون الارض الفتوى صحة ذلك اه (قوله لو اقف اذا افتقر واحتاج الى الوقوف برفع الامر الى القاضي ليفسخه ان لم يكن مسجلا) أقول قد تقدم ان الوقف لا يلزم الا باحد امور اربعة منها ما لو علقه بموته ومنها ما لو وقفه في حياته وبعد مماته مؤبدا وذكر ان في هاتين الصورتين لا يلزم الا بالموت وما دام حيا له ان يرجع عنه من غير تفصيل بين كونه غنيا او فقيرا بامرقاص او غيره فليتأمل مع هذا وكذلك قوله وفي منيته لو لوارث الواقف الخ مع لزوم الوقف بالتعليق بالموت وبالاضافة اليه

لاحتمال ان يمتنع لرضاه به ويمتنع حذرا من اتلاف ماله فلا يبطل بالشك (ولا يجوز اجارة من له السكنى) اذ لا ولاية له عليها لانه غير مالك ولا نائب عنه بل يؤجره المتولي أو القاضي (وصرف نقضه وثمنه اليها) أي العمارة ان احتاج الوقف اليها يعني ان نقض الوقف ان صلح لأن يصرف الى عمارته صرف اليها والا يبيعه الحاكم ويصرف ثمنه اليها صرفا للبدل الى مصرف المبدل (وان لم يحتج حفظ للحاجة ولم يقسم بين مصارفه) لانه جزء من العين وحقهم في الانتفاع بمنافعه دون العين لانه حق الله تعالى أو حق الواقف فلا يصرف اليهم ما ليس حقالهم (الواقف اذا افتقر واحتاج الى الموقوف يرفع الى القاضي ليفسخه ان لم يكن مسجلا) كذا في الخلاصة (وفسخه لو) كان (لوارث الواقف كان حكما ببطلان الوقف والا فلا) قال في مجمع الفتاوى القاضي اذا أطلق بيع وقف غير مسجل ان أطلق لوارث الواقف كان ذلك منه حكما ببطلان الوقف ويجوز بيعه وان أطلق لغير وارثه لا لان الوقف اذا بطل عاد الى ملك وارث الواقف وبيع مال الغير لا يجوز (أقر بوقف صحيح وانه أخرجه من يده ووارثه يعلم خلافه) اي انه لم يقفه ولم يخرجه من يده (جاز) أي الوقف (وليس له) أي لوارثه (ان يأخذه ولا يسمع دعواه) في القضاء كذا في الخانية (الوقف في مرض الموت كالهبة فيه) فيعتبر من الثلث ويشترط فيه ما يشترط فيها من القبض والافراز (فان خرج من الثلث أو أجازه الوارث نفذ) في الكل (والا بطل في الزائد على الثلث) واذا أجاز البعض دون البعض جاز بقدر ما أجاز وبطل في الباقي الا ان يظهر للميت مال غيره فينفذ في الكل كذا في الخانية (الوقف) اما (للفقراء) وهو ظاهر (أو للاغنياء ثم الفقراء) كالوقف على الاولاد الاغنياء وبعد انقراضهم على الفقراء (أو يستوي فيه الفريقان) أي الفقراء والاغنياء (كالرباطات والخانات والمقابر والمساجد والسقايات والقناطر) ونحو ذلك

{فصل} (يتبع شرط الواقف في اجارته) حتى اذا شرط أن لا يؤجر أكثر من سنة والناس لا يرغبون في استئجارها سنة وكان اجارتها أكثر من سنة أدر على الوقف وأنفع للفقراء فليس للقيم أن يخالف شرطه ويؤجر أكثر من سنة بل يرفع الامر الى القاضي حتى يؤجره القاضي أكثر من سنة لان للقاضي ولاية النظر للفقراء والغائب والميت وان لم يشترطه الواقف فللقيم أن يؤجر أكثر من سنة بلا اذن القاضي كذا في الخانية (فلو أهمل) الواقف (مدتها) أي لم يبينها (قيل تطلق) أي تبقى على اطلاقها ولا تقيد بمدة فللقيم ان يؤجر كيف شاء جريا على سنن الواقف (وقيل يقيد بسنة) سواء كان الوقف دارا أو أرضا الزيادة احتياطا في أمر الوقف (وبها) أي بالسنة (يفتى في الدار) لان المدة اذا طالت يؤدي الى ابطال الوقف فان من رآه يتصرف فيه تصرف الملاك على طول الزمان يزعمه مالكا (وبثلاث سنين في الارض) يعني ان الارض اذا كانت مما يزرع في كل سنة لا يؤجرها أكثر من سنة

(قوله الوقف في مرض الموت كالهبة) أقول الا انه اذا وقف على بعض الورثة ولم يجزه باقيهم لا يبطل أصله وانما يبطل ما جعل من الغلة لبعض الورثة دون بعض فيصرف على قدر مواريثهم عن الواقف ما دام الموقوف عليه حيا ثم يصرف بعد موته الى من شرطه الواقف لانه وصية ترجع الى الفقراء وليس كوصيته لوارث ليبطل أصله بالرد نص عليه هلال رحمه الله فتنبه لهذه الدقيقة

{فصل}

(قوله وان لم يشترطه الواقف فليس للقيم ان يؤجر أكثر من سنة بلا اذن القاضي كذا في الخانية) أقول الا انه خصه بالدور ولم يذكر انه يزاد على السنة باذن القاضي ونصه قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله اذا لم يذكر الواقف في صك الوقف اجارة الوقف فرأى القيم أن يؤجرها ويدفعها مزارعة فما كان أدر على الوقف وأنفع للفقراء فعل الا انه في الدور لا يؤجرا أكثر من سنة أما في الارض ان كانت تزرع كل سنة لا يؤجرها أكثر من سنة وان كانت تزرع في كل سنتين مرة أو في ثلاث سنين مرة كان له أن يؤجرها مدة يتمكن المستأجر من الزراعة هذا اذا لم يكن الواقف شرط أن لا يؤجر أكثر من سنة وان كان شرط ذلك الى آخر ما قاله المصنف أول الفصل وذكر قاضيخان صورة ثالثة هي وان كان الواقف ذكر في صك الوقف أن لا يؤجر أكثر من سنة الا اذا كان أنفع للفقراء كان للقيم أن يؤجرها بنفسه أكثر من سنة اذا رأى ذلك خيرا ولا يحتاج الى المرافعة الى القاضي لان الواقف أذن له بذلك اهـ ثم قال قاضيخان وعن الفقيه أبي الليث انه يجيز اجارة الوقف ثلاث سنين من غير فصل بين الدار والارض اذ لم يكن الواقف شرط أن لا يؤجر أكثر من سنة (قوله يعني أن الارض اذا كانت مما يزرع في كل سنة الخ) أخرج به المتن عن ظاهره وعلمت أن هذا قول الفقيه أبي جعفر رضي الله عنه والفتوى على اطلاق المتن كما أطلقه شارح المجمع حيث قال ويختار للفتوى أن تؤجر وان الضياع ثلاث سنين لان رغبة المستأجر لا تتوفر في أقل من هذه المدة ويؤجر غير الضياع سنة وهو قول الامام أبي جعفر الكبير اهـ

وان كانت مما يزرع فى كل سنتين مرة أو فى كل ثلاث سنين مرة كان له ان يؤجرها مدة يتمكن فيها المستأجر من الزراعة (و بالمثل يؤجر) لا باقل من اجر المثل دفعا للضرر عن الوقف (فلو رخص اجره) بسبب من الاسباب بعد العقد على مقدار (لا فسخ العقد) للزوم الضرر (ولو زاد) اى اجره (على اجر مثله قبل يعقد به) اى باجر مثله (ثانيا للآتى) من الزمن وأما الماضى فله حصته من الاجر الاول (وقيل لا) اى لا يعقد به ثانيا (كزيادة واحد تعنتا) فى الذخيرة اذا استأجر ارض وقف ثلاث سنين باجرة معلومة هى اجر المثل حتى جازت الاجارة فرخصت أجرتها لا تنفسخ الاجارة واذا ازداد اجر مثلها بعد مضى مدة فعلى رواية فتاوى السمرقندى لا يفسخ العقد وعلى رواية شرح الطحاوى يفسخ و يجدد العقد والى وقت الفسخ يجب المسمى وزيادة الاجرة تعتبر اذا ازدادت عند الكل حتى لو زاد واحد تعنتا لا تعتبر وعلى رواية الشرح لو زادت الاجرة فرضى المستأجر الاول بالزيادة كان هو أولى من غيره (ولا يؤجر الموقوف عليه) كالامام والمدرس والاولاد ونحوهم لعدم تصرفهم فى عينه (الا بتولية) أى بان يجعله الواقف متوليا فحينئذ يكون له حق التصرف فيه (متول آجره بدون أجر المثل لزمه تمامه كذا أب آجر منزل صغيره بدونه) أى بدون اجر المثل يعنى لزمه أيضا تمامه اذ ليس لكل منهما ولاية الحط والاسقاط كذا فى العمادية (لا تفسخ) أى اجارة الوقف (بموت المؤجر) لان العقد لغيره كالوكيل والاب (والوقف لا يعار ولا يرهن) رعاية لحق الموقوف عليه لان فيهما ابطال حقه فلو سكن المرتهن فيه يجب عليه الاجر (ويفتى بالضمان باتلاف منافعه) يعنى اذا سكن رجل دار الوقف أو اسكنه المتولى بلا أجر قيل لا شئ على الساكن وعامة المتأخرين على ان عليه أجر المثل وعليه الفتوى وكذا منافع مال اليتيم كذا فى العمادية (وغصب عقاره) يعنى ان الفتوى فى غصب العقار والدور الموقوفة بالضمان نظرا للوقف ومتى قضى عليه بالقيمة يؤخذ منه القيمة ويشترى بها ضيعة اخرى فتكون على سبيل الوقف لان هذه بدل الاولى كذا فى الاستروشنية (وتقبل فيه) أى الوقف (الشهادة على الشهادة وشهادة الرجل بالنساء والشهادة بالشهرة لاثبات أصله وان صرحوا به) أى شهدوا بالتسامع وقالوا عند القاضى نشهد بالتسامع تقبل بخلاف سائر ما يجوز فيها الشهادة بالتسامع كالنسب فانهم اذا صرحوا بانهم شهدوا بالتسامع لا تقبل لان الوقف حق الله تعالى وفى تجويز القبول بتصريح التسامع حفظ للاوقاف القديمة عن الاستهلاك وغيره ليس كذلك (لا) لاثبات (شرطه فى الاصح) لان الشهادة على أصل الوقف بالشهرة تجوز على الجواب المختار وان كان الوقف على قوم باعيانهم واما على الشرائط فلا هو المختار كذا فى العمادية (وبيان المصرف من الاصل) يعنى اذا شهد وان هذه الضيعة وقف على كذا تقبل فيه الشهادة بالتسامع (متول بنى فى عرصة الوقف فهو) أى البناء (يكون للوقف)

(قوله ولو زاد على أجر مثله الخ) أقول وهذا بخلاف غلو السعر لما فى البرهان ولا تنقض الاجارة ان زادت الاجرة فى المدة بكثرة الرغبة من الناس بخلاف غلو السعر يعنى لو زاد فى نفسه لا لرغبة راغب ولتعنت لا طالب بل لغلو السعر عند الكل تنقض الاجارة فان كان فى الارض زرع لم يستحصد لا ينقض الاول بل يجب أجر المثل من حين الزيادة الى انتهاء المدة اه (قوله متول آجره بدون أجر المثل لزمه تمامه الخ) ظاهره ان المتولى هو الذى يضمن تمامه وفى الخانية خلافه حيث قال وصى اليتيم أو متولى الوقف اذا آجر وقفا أو منزلا لليتيم بدون أجر المثل قال الشيخ الامام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل عن أصحابنا رحمهم الله ينبغى ان يكون المستأجر غاصبا الا ان الخصاف ذكر فى كتابه انه لا يصير غاصبا ويلزمه اجر المثل فقيل له أتفتى بهذا قال نعم ووجهه ثم قال وقال بعضهم بان المستأجر يصير غاصبا عند من يرى غصب العقار فان لم ينتقص شئ من المنزل وسلم كان على المستأجر الاجر المسمى لا غير والفتوى على ما ذكرنا أولا انه يجب اجر المثل على كل حال اه الا ان المصنف فرضها فى وصى ومتول وفى الخانية ذكر مكان الوصى الاب وغلط من قال ان المتولى يضمن تمام الاجر باجارته بدون أجر المثل كذا فى البحر بل هو على المستأجر كما ذكرناه (قوله والوقف لا يعار ولا يرهن) أقول هذا قد تقدم أول الكتاب الا انه اعاده ليرتب عليه وجوب الاجر بسكنى المرتهن وحينئذ كان عليه ان يبين حكم سكنى المستعير الا انه يؤخذ مما بعده (قوله لا لاثبات شرط فى الاصح) قال الشيخ قاسم فى موجبات الاحكام وفى المجتبى والمختار ان يقبل على شرائط الوقف ايضا (قوله متول بنى الخ) أقول وهذا بخلاف بناء الواقف لما قال فى الاسعاف رجل غرس فيما وقف اشجارا أو بنى بناء أو نصب بابا قالوا ان غرس من غلة الوقف او من ماله وذكر انه غرسه للوقف يكون وقفا ولو لم يذكر شيئا أو غرس من ماله يكون ملكا له اه

فتصرف غلته الى مصارف الوقف (ان بناه من مال الوقف او مال نفسه ونواه للوقف او لم ينو شيأ وان بنى لنفسه واشهد عليه كان له) اى للمتولى نفسه (ولاجنبي اذا بنى ولم ينو) شيأ (فله ذلك) وان نوى كونه للوقف كان وقفا (كذا الغرس) يعني انه كالبناء في جميع ما ذكرنا (والغرس في المسجد للمسجد مطلقا) اى سواء نوى او لم ينو (باع دارا ثم ادعى انى كنت وقفتها او قال وقف على لا يصح) للتناقض فليس له ان يحلف المشتري (ولو قامت البينة قبلت) كما لو شهدوا على عتق أمة تقبل بلا دعوى (الولاية) في أمر الوقف (للواقف وان لم يشترطها) لانه أحق من الاجنبي (ويعزل لو خان كالوصي) رعاية لمصلحة الوقف (وان شرط) الواقف (ان لا يعزل) لانه شرط مخالف لمقتضى الشرع (ولاه) اى الواقف المتولى (واخرجه صح) وان لم يكن له جريمة (وان شرط ان لا يخرج) لانه في معنى التوكيل ولا عبرة بالشرط (طالب التولية لا يولى) كما لا يولى طالب القضاء (مرض المتولى) مرض الموت (وفوض التولية الى غيره جاز) لان المتولى بمنزلة الوصي وللوصي ان يوصي الى غيره كذا في الخانية (ولو مات) اى المتولى بلا تفويضها الى غيره او به (فالرأى في نصب المتولى الى الواقف) لا القاضى (ثم) ان مات الواقف فالرأى فيه الى (وصيه ثم) ان مات وصيه فالرأى فيه الى (القاضى) ويجعل المتولى من أهل الواقف ما أمكن لا الاجانب (البانى) للمسجد (أولى بنصب الامام والمؤذن في المختار الا اذا عين القوم أصلح ممن عينه) اى البانى (اشترى المتولى بمال الوقف دارا له) اى للوقف (لا يكون وقفا في الاصح) لان في صحة الوقف والشرائط التى يصير بها الوقف لازما كلاما كثيرا ولم يوجد ههنا كذا في العمادية (جاز للحاكم تزويج أمة الوقف لا عبده ولو من امته وجناية عبده في ماله) اى مال الوقف كذا في الخلاصة

(فصل) فيما يتعلق بوقف الاولاد (قال أرضى هذه موقوفة على ولدى كانت الغلة لولد صلبه يستوى فيه الذكر والانثى) لان اسم الولد مأخوذ من الولادة وهي موجودة فيهما (الا ان يقيد بالذكور) بان يقول على الذكور من ولدى فلا يدخل فيه الاناث واذا جاز هذا الوقف (فما يوجد واحد من) الولد (الصلبي كانت) اى الغلة (له) لا لغيره (واذا انتفى) اى الصلبي (صرفت) اى الغلة (الى الفقراء لا لولد الولد) لانقطاع الموقوف عليه هذا اذا كان حين الوقف ولد صلبي (وان لم يكن حين الوقف صلبي بل ولد الابن) ذكرا او انثى (كانت) الغلة (له خاصة) لا يشاركه فيها من دونه من البطون ويكون ولد الابن عند عدم الصلبي بمنزلة الصلبي (ولا يدخل فيه ولد البنت في الصحيح) وهو ظاهر الرواية وبه أخذ هلال لان أولاد البنات ينسبون الى آبائهم لا الى آباء امهاتهم بخلاف ولد الابن (ولو) زاد على العبارة الاولى (وقال وولد ولدى فقط) اى لم يزد على هذا (يدخل فيه الصلبي وأولاد بنيه يشتركون في الغلة) ولا يقدم الصلبي على ولد الابن لانه سوى بينهما في الذكر وهل يدخل فيه ولد البنت قال هلال يدخل (ولو قيد بالذكور) اى قال أرضى هذه موقوفة على ولدى وولد ولدى الذكور قال هلال (يدخل فيه الذكور من ولد

(قوله فليس له ان يحلف المشتري) هذا عند الكل كما في الخانية (قوله ولو قامت بينة قبلت) هذا على قول البعض اما في الخانية وان أقام البينة على ما ادعى اختلفوا فيه كان بعضهم يقول لا تقبل بينته لانه متناقض وقال بعضهم تقبل لان التناقض لا يمنع الدعوى وعلى قول الفقيه أبي جعفر رحمه الله تعالى الدعوى لا تشترط لقبول البينة على الوقف لان الوقف حق الله تعالى وهو التصدق بالغلة ولا تشترط فيه الدعوى كالشهادة على الطلاق وعتق الامة الا انه ان كان هناك موقوف عليه مخصوص ولم يدع لا يعطى له من الغلة شئ ويصرف جميع الغلة للفقراء لان الشهادة قبلت لحق الفقراء فلا يظهر الا في حق الفقراء قال رضي الله عنه وينبغى ان يكون الجواب على التفصيل ان كان الوقف على قوم بأعيانهم لا تقبل البينة عليه بدون الدعوى عند الكل وان كان الوقف على الفقراء أو على المسجد على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقبل البينة بدون الدعوى وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تقبل

{فصل فيما يتعلق بوقف الاولاد}

(قوله وهو ظاهر الرواية وبه أخذ هلال) اقول هكذا ذكره قاضيخان ومقابل الصحيح ما ذكر الخصاف عن محمد انه يدخل فيه اولاد البنات ايضا والصحيح ظاهر الرواية (قوله ولو قيد بالذكور يدخل فيه الذكور من ولد البنين والبنات وهو الصحيح) هكذا ذكره قاضيخان أيضا واحترز بذلك عما قال على الرازى اذا وقف على ولده وولد ولده يدخل فيه الذكور والاناث من ولده فاذا انقرضوا فهو لمن كان من ولد ابن الواقف دون ابن بنت الواقف ولو قال على اولادى واولادهم كان ذلك لكلهم يدخل فيه ولد الابن وولد البنت والصحيح ما قال هلال اه ولابن كمال باشا في هذا رسالة مفيدة

البنين

البنين والبنات) وهو الصحيح لان اسم الولد كما يتناول اولاد البنين يتناول أولاد البنات لما قال الامام السرخسي ان ولد الولد اسم لمن ولده ولده وابنته ولده ومن ولدته ابنته يكون ولد ولده حقيقة بخلاف ما اذا قال على ولدى فان ثمة ولد البنت لا يدخل فى ظاهر الرواية كما مر لان اسم الولد يتناول ولده الصلبى وانما يتناول ولد الابن لانه ينسب اليه عرفا ثم اذا انقرض الاولاد واولادهم فى الصورتين المذكورتين صرفت الغلة الى الفقراء لانقطاع الموقوف عليه (ولو زاد البطن الثالث) وقال على ولدى وولد ولدى وولد ولد ولدى (صرف الى أولاده ما تناسلوا لا الفقراء ما بقى واحد من أولاده وان سفل يستوى فيه الاقرب والابعد الا ان يذكر ما يدل على الترتيب) بان يقول الاقرب فالاقرب أو يقول على ولدى ثم على ولد ولدى أو يقول بطنا بعد بطن فحينئذ يبدأ بما بدأ به الواقف لانه لما ذكر البطن الثالث فحش التفاوت فتعلق الحكم بنفس الانتساب لا غير والانتساب موجود فى حق من قرب ومن بعد بخلاف البطن الثانى لان الواسطة له واحد كذا فى الخلاصة (كذا) أى صرف الى أولاده ما تناسلوا الا الفقراء (اذا قال على ولدى وأولاد أولادى أو قال) ابتداء (على أولادى) يستوى فيه الاقرب والابعد الا أن يذكر ما يدل على الترتيب كما مر (وقف ضيعة على أولاده ثم الفقراء فمات بعضهم صرفت الغلة الى الباقى) لانه وقف على أولاده ثم الفقراء فما بقى منهم واحد وان سفل لا تصرف الى الفقراء (ولو وقفها على أولاده وسماهم) فقال على فلان وفلان وفلان (وجعل آخره للفقراء فمات أحدهم صرف نصيبه الى الفقراء) لانه وقف على كل واحد منهم وجعل آخره للفقراء فاذا مات واحد منهم كان نصيبه للفقراء بخلاف المسئلة الاولى فان الوقف هناك على الكل لا كل واحد (ولو) وقف (على امرأته واولاده) اى أولاد الواقف (ثم ماتت) امرأته (لا يكون نصيبها الا بنها) المتولد من الواقف (خاصة اذا لم يشترط) اى الواقف (رد نصيب الميت) أى من مات منهم (الى ولده) حتى اذا شرطه كان نصيبها لابنها (بل) يكون (للجميع) أى جميع الاولاد (ولو قال على ولدى وولد ولدى أبدا ما تناسلوا ولم يقل بطنا بعد بطن لكن شرط الشرط المذكور) وهو رد نصيب الميت الى ولده (فالغلة لجميع ولده ونسله بينهم على السوية ولو مات بعض ولد الواقف وترك ولدا ثم جاءت الغلة تقسم على الولد وولد الولد وان سفلوا) بمقتضى عبارة الواقف (وعلى الميت) لانه استحق النصيب قبل موته (فما أصابه) اى الميت من الغلة (كان لولده) بالارث (فيصير له) اى لولد الميت (سهمه الذى عينه الواقف) بحكم تعيينه (وسهم والده) بالارث (ولو وقف على ولديه فاذا انقرضا فعلى أولادهما أبدا ما تناسلوا فاذا مات أحدهما وخلف ولدا صرف نصف الغلة الى الباقى والنصف الى الفقراء) كما مر فى صورة تسمية كل من الاولاد (فاذا مات الآخر صرف الكل الى أولاد الاولاد) يقسم بين ولد لاحدهما وكل واحد من اولاد الآخر على السوية (وقف على ذوى قرابته لم يدخل والده وجده وولده) رجل قال أرضى هذه موقوفة على اقاربى أو على قرابتى أو على ذوى قرابتى قال هلال يصح الوقف ولا يفضل الذكر على الانثى

(قوله يستوى فيه الاقرب والابعد) اقول ويدخل فى القسمة من ولد لاقل من ستة اشهر من حين طلوع الغلة لا من ولد لاكثر منها الا اذا ولدت مبانته او ام ولده المعتقة لاقل من سنتين كما فى البرهان وفى الخانية ولو كان الطلاق رجعيا فالجواب فى الولد الحادث بعد الطلاق الرجعى ما هو الجواب فى منكوحة غير مطلقة اه (قوله لم يدخل والده وجده وولده) اقول هذا بخلاف ما فى المجرد عن الزيادات كما فى الخانية

ولا يدخل فيه والد الواقف ولا جده ولا ولده كذا في الخانية (دار في يده برهن آخر أنها وقف عليه وبرهن قيم الوقف انها للمسجد فان أرخا فللسابق والا فبينهما نصفان) كما هو الحكم في دعوى الملك وقف بين الاخوين مات أحدهما وبقي في يد الحي وأولاد الميت ثم الحي برهن على كل واحد من أولاد الاخ ان الوقف بطنا بعد بطن والباقي غيب والواقف واحد يقبل وينتصب خصما عن الباقين ولو برهن أولاد الاخ ان الوقف مطلق علينا وعليك فبينة مدعي الوقف بطنا بعد بطن أولى كذا في القنية

﴿كتاب البيوع﴾

(هو) أي البيع الذي دل عليه البيوع لغة مبادلة مال بمال مطلقا وهو من الاضداد يقال باع الشيء اذا شراه أو اشتراه ويتعدى الى المفعول الثاني بلا حرف وبه يقال باعه الشيء وباعه منه وانما جمع لكونه أنواعا أربعة باعتبار المبيع لانه اما بيع سلعة بمثلها ويسمى مقايضة أو بيعها بالثمن ويسمى بيعا لكونه أشهر الانواع أو بيع ثمن بثمن كبيع النقدين ويسمى صرفا أو بيع دين بعين ويسمى سلما أو باعتبار الثمن أيضا أربعة لان الثمن الاول ان لم يعتبر يسمى مساومة أو اعتبر مع زيادة يسمى مرابحة أو بدونها يسمى تولية أو مع النقص يسمى وضيعة وشرعا (مبادلة مال بمال بطريق الاكتساب) أي التجارة خرج به مبادلة رجلين بمالهما بطريق التبرع أو الهبة بشرط العوض فانه ليس ببيع ابتداء وان كان في حكمه بقاء لم يقل على سبيل التراضي ليتناول بيع المكره فانه بيع منعقد وان لم يلزم (ينعقد) الانعقاد تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل (بالايجاب) وهو الاثبات سمي به أول كلام أحد العاقدين سواء كان بعت أو اشتريت لانه يثبت للآخر خيار القبول (والقبول) وهو ثاني كلام أحدهما سواء كان بعت أو اشتريت (الماضيين) قال في الهداية البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي ثم قال لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به وأراد بالموضوع للاخبار لفظ الماضي اذ اللام فيه للعهد فلا وجه للاعتراض عليه بانه لابد من ضم شيء الى ذلك وهو أن يقال وكان استعماله بلفظ الماضي والا لايتم الدليل ثم قال ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هنالك وأراد بلفظ المستقبل صيغة الامر نحو بعني بكذا فقال بعت لانه قال هنالك مثل أن يقول زوجني فيقول زوجتك فلا وجه لحمله على المضارع كما ذهب اليه بعض شراحه انه ينعقد به البيع اذا قارنته النية كما نقل صاحب النهاية عن الطحاوي وتحفة الفقهاء (و) ينعقد أيضا (بما في معناهما) أي الماضيين نحو رضيت وأعطيتك بكذا أو خذه بكذا يعني ان كل ما دل على معنى بعت واشتريت ينعقد البيع به أيضا فاذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت أو قال اشتريت هذا منك فقال خذه يعني بعت بذلك فخذه فانه أمر بالاخذ بالبدل ولا يكون الا بالبيع فكأنه قال بعته منك به فخذه فقدر البيع اقتضاء فيثبت العقد باعتباره لا بلفظين أحدهما الامر لينافي ما مر فان المعنى هو

﴿كتاب البيوع﴾

(قوله الماضيين) قال قاضيخان البيع لا ينعقد الا بلفظين ينبئان عن التمليك والتملك على صيغة الماضي او الحال مثل ان يقول البائع بعت منك هذا بكذا او يقول ابيعك هذا بكذا ويقول المشتري اشتريت او قبلت او رضيت او اجزت ولا ينعقد بلفظ الامر بأن قال المشتري بعني هذا الثوب بكذا فيقول بعت او يقول البائع اشتر مني هذا العبد بكذا فيقول اشتريت وكما لا ينعقد بلفظ الامر لا ينعقد بلفظ الاستقبال نحو ان يقول البائع ما أبيعك هذا العبد بكذا فيقول المشتري اشتريت

المعتبر في هذه العقود وان اعتبر اللفظ في بعضها كشركة المفاوضة حيث لا تصح اذا لم يبينا جميع ما تقتضيه (حتى التعاطي) أي اعطاء المبيع والثمن من الجانبين فان البيع ينعقد به بلا وجود لفظ فضلا عن الماضيين لوجود المقصود وهو التراضي (مطلقا) أي في الخسيس والنفيس هو الصحيح لا ما قال الكرخي ينعقد به في الخسيس فقط كالبقل ونحوه (و) ينعقد أيضا (بلفظ واحد كما في بيع الاب من طفله) بان يقول بعت هذا منه بكذا (وشرائه منه) بان يقول اشتريت هذا من ابني فان عبارة الاب لكمال شفقته أقيمت مقام العبارتين فلم يحتج الى قبول وكان أصيلا في حق نفسه ونائبا عن طفله حتى اذا بلغ كانت العهدة عليه دون أبيه بخلاف ما اذا باع مال طفله من أجنبي فبلغ كانت العهدة على أبيه فاذا لزم عليه الثمن في صورة شرائه لا يبرأ عن الدين حتى ينصب القاضي وكيلا يقبضه للصغير فيرده على أبيه فيكون امانة عنده وكذا لو قال بعت منك هذا بدرهم فقبضه المشتري ولم يقل شيأ ينعقد البيع (ويخير القابل في المجلس) لانه لو لم يخير لزمه حكم العقد جبرا وهو منتف (بين قبول الكل بالكل والترك) يعني ان البائع اذا أوجب في شئ فقبل المشتري في بعض ذلك أو أوجب المشتري في شئ فقبل البائع في بعضه لم يجز لان فيه تفريق الصفقة وأحد المتعاقدين لا يملك ذلك لان فيه ضرر المشتري أو البائع لان المبيع ان كان واحدا لزم ضرر الشركة للمشتري وان كان متعددا فالعادة ضم الجيد الى الردىء ونقص ثمن الجيد لترويج الردىء فلو ثبت خيار قبول العقد في البعض بان قبل المشتري العقد في الجيد وترك الردىء فزال الجيد عن يد البائع باقل من ثمنه وفيه ضرر له واذا لم يجز أخذ البعض بالبعض فلان لا يجوز أخذ الكل بالبعض أولى وان تعددت الصفقة فله ذلك لانتفاء الضرر عن البائع واليه أشار بقوله (الا اذا كرر) أي البائع (لفظ بعت وفصل الثمن) اشارة الى ما ذكر في الكافي ان قوله في الهداية الا ان يبين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى لا يتم الا ان يدرج تكرار لفظ العقد اذ به تعدد الصفقة لا بمجرد بيان ثمن كل واحد وقال الزيلعي وليس له أن يقبل بعض المبيع دون البعض وان فصل الثمن الا اذا كرر البائع لفظ بعت مع ذكر الثمن لكل واحد عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك ان فصل الثمن بان قال بعتك هذين كل واحد بكذا أو بعتك هذه العشرة كل واحد منها بكذا (أو رضي) أي البائع (بقوله) أي بقول المشتري (اشتريت هذا بكذا) قال القدوري ان رضي البائع في المجلس بتفريق الصفقة يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئناف ايجاب لا قبولا ورضا البائع به قبولا واعترض عليه بانه انما يصح اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة من الثمن كالصور المذكورة وفي قفيزين باعهما بعشرة لان الثمن منقسم عليهما باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل بعض معلومة فاما اذا أضاف العقد الى عبدين أو ثوبين فلم يصح العقد بقبول أحدهما وان رضي البائع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وانه لا يجوز أقول منشؤه الغفلة عن مراد القدوري فان تسميته عبارة المشتري ايجابا ورضا البائع قبولا تدل على انه اعتبر في عبارة المشتري والبائع ذكر الثمن في مقابلة

(قوله الا اذا كرر البائع لفظ بعت وفصل الثمن) اقول هذا بناء على قول ابي حنيفة والمختار قولهما لما في البرهان او يفصل ثمنا بأن يقول بعتك هذين الثوبين بمائة كل واحد بخمسين فانه يصح حينئذ في المختار بناء على قولهما ان بتفصيل الثمن تتعدد الصفقة وان لم يكرر لفظ بعت لانه لا ضرر عليه بعد تفصيله واثمن وجد فقد رضي به وشرط ابو حنيفة لتعددها تكرار لفظ البيع بان يقول بعتك هذين العبدين بالف بعتك هذا بخمسمائة وبعتك هذا بخمسمائة اه

بعض المبيع فان مجرد قول المشتري اشتريته بلا ذكر الثمن لا يكون ايجابا ولا
قول البائع رضيت قبولا لعدم صدق تعريف البيع عليه وهو مبادلة المال بالمال
فظهر عدم لزوم البيع بالحصة ابتداء ولهذا قلت او رضي بقوله اشتريت هذا بكذا
(ويمتد) أي خيار القبول (الى آخر المجلس) ولا يبطل بالتأخير اليه وان طال لان
المجلس جامع للمتفرقات كما مر في كتاب الطهارة فاذا عدت الامور المتعددة بسببه
واحدة فلان تعتبر ساعاته ساعة واحدة أولى دفعا للعسر وتحقيقا لليسر وانما لم
يكن الخلع والعتق على مال كذلك بل توقف الايجاب فيهما على ما وراء المجلس لما
مر انهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع
في المجلس (والكتاب والرسالة كالخطاب) يعني اذا كتب أما بعد فقد بعتك
عبدي فلانا بكذا أو قال لرسوله بعت هذا من فلان الغائب بكذا فاذهب واخبره
فوصل الكتاب الى المكتوب اليه واخبر الرسول المرسل اليه فقال في مجلس
بلوغ الكتاب أو الرسالة اشتريته أو قبلته تم البيع بينهما لان الكتاب من
الغائب كالخطاب من الحاضر والرسول معبر وسفير فكلامه ككلام المرسل فان
الرسول عليه السلام كان يبلغ تارة بالخطاب وتارة بالكتاب (ويبطل الايجاب
قبل القبول بالرجوع) أي برجوع الموجب لان المانع من الرجوع لزوم ابطال
حق الغير وهو منتف ههنا لان الايجاب لا يفيد الحكم بدون القبول اعترض بان
الحق غير منحصر في الملك بل حق التملك أيضا حق وفيه ابطاله ورد بان الايجاب اذا
لم يفد ملكا للمشتري لم يكن مزيلا لملك البائع فحق التملك للمشتري لا يعارض حقيقة
الملك للبائع لكونها أقوى منه ولا ينتقض بما اذا دفع الزكاة قبل الحول الى
الساعي فان المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لان حقيقة
الملك زالت من المزكي فحصل حق الفقير لانتفاء ما هو أقوى منه (و) يبطل أيضا
الايجاب قبل القبول (بقيام أيهما) من الموجب والقابل (عن مجلسه) لان القيام
دليل الرجوع والدلالة تعمل عمل الصريح اعترض بانها انما تعمل عمله اذا لم
يوجد صريح يعارضها وههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح ولم يعتبر ورد
بان الصريح انما وجد بعد الدلالة ولذا لم يعارضها (ولزم) أي البيع (بهما) أي
بالايجاب والقبول (بلا خيار) لاحدهما في المجلس وقال الشافعي لكل منهما
خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ
ابطال حق الآخر فلا يجوز أقول يرد على ظاهره انه ان أريد بحق الآخر حق
التملك فمسلم لكنه لا يفيد لما مر وان أريد حقيقة الملك فممنوع بل هو أول المسئلة
ويمكن دفعه بان حق التملك ثابت قبل القبول ولو لم يثبت حقيقة الملك بعده لم
يكن للقبول فائدة زائدة بل كان وجوده وعدمه سواء مع كونه ركنا فالاحسن ان
يقال ولنا ان الايجاب والقبول يفيدان حقيقة الملك لما قال الله تعالى يا أيها الذين
آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم فأباح
الاكل ولو في المجلس لوجود التجارة الناشئة عن التراضي والبيع تجارة فدل
باطلاقه على نفي الخيار وصحة وقوع الملك للمشتري والقول بالخيار تقييد وهو نسخ

(قوله ويبطل بقيام أيهما) أقول يعني
لو كانا قاعدين وكذا لو كانا واقفين فسار
أحدهما أو أكل لقمتين فقبله لا يجوز في
ظاهر الرواية ولو كان أحدهما في أداء
الفرض فقبل بعد الفراغ منه أو في ركعة
من التطوع فأضاف اليها أخرى فقبل
جاز كما في شرح المجمع اه وفي الخانية
ولو تبايعا وهما يمشيان قال بعضهم
لا ينعقد لتفرق المجلس بالخطوات وقال
بعضهم ينعقد اذا أجاب المخاطب موصولا
بالخطاب اه

فلا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول على خيار القبول اى قبول كل واحد من
المتعاقدين العقد فى المجلس وفائدته دفع توهم ان الموجب بعدما اوجب لا يكون
له أن يرجع لا خيار الفسخ بعد الايجاب والقبول لا القبول المقابل للايجاب لانه
ظاهر لا يحتاج الى البيان وفى الحديث اشارة اليه لان الاحوال ثلاث حال لم يوجد
فيها الايجاب والقبول وحال وجدا فيها وانقضيا وحال وجد فيها أحدهما والآخر
موقوف واطلاق اسم المتبايعين عليهما فى الاولى مجاز باعتبار ما يؤول اليه وفى
الثانية مجاز باعتبار ما كان وفى الثالثة حقيقة لما تقرر فى موضعه ان اسم الفاعل
حقيقة فى الحال اى أجزاء من أواخر الماضى وأوائل المستقبل وهى حال المباشرة
بأن يقبل أحدهما فى المجلس والآخر متوقف فيه فتعين الثالثة فانهما متبايعان
حقيقة حال المباشرة لا ما قبلها ولا ما بعدها او يحتملها فيحمل عليها لئلا يلزم ابطال
حق الآخر والتفرق المذكور فى الحديث محمول على تفرق الاقوال بأن يقول
احدهما بعت ويقول الآخر لا اشترى او بالعكس حيث لا يبقى الخيار بعده فان قيل
التفرق يكون بعد الاجتماع وهو لا يتصور ههنا قلنا المراد بالتفرق عدم الاجتماع
ابتداء وهذا مبنى على قاعدة مقررة فى المفتاح والكشاف فانهم يقولون ضيق فم
الركية ووسع كم الثوب والمراد فى الاول جعل فم الركية ضيقا ابتداء وفى الثانى
جعل كم الثوب واسعا ابتداء فلا تغفل (وكفى) فى صحة البيع (الاشارة فى
أعواض) اعم من المبيع والثمن (غير ربوية) احتراز عن بيع درهم ودينار
وحنطة ونحوها بجنسها فان الاشارة فيه لا تكفى بل لابد من مساواتها قدرا
لاحتمال الربا كما سيأتى وانما كفت الاشارة لكونها أبلغ طرق التعريف فلا
يحتاج الى بيان القدر والوصف بخلاف السلم فان معرفة قدر المسلم فيه ووصفه
واجبة فيه لكونه غير مشار اليه كما سيأتى (وشرط معرفة مبيع يسلم) أى يحتاج
الى التسليم احتراز عما اذا أقر أن لفلان عنده متاعا فاشتراه منه ولم يعرفاه فانه
يجوز لعدم احتياجه الى التسليم ذكره الزاهدى (بما) متعلق بمعرفة (يرفع
الجهالة) المفضية الى النزاع المفضى الى فساد البيع بأن باع غائبا وأشار الى مكانه
وليس فيه مسمى بذلك الاسم غيره فانه جائز كما سيأتى فى خيار الرؤية (و) شرط أيضا
معرفة (قدر ثمن) كعشرة مثلا كائن (فى الذمة) احتراز عن المشار اليه كما سبق
وما يحصل فيها هو المكيلات والعدديات المتقاربة والموزونات كالدراهم والدنانير
وسائر ما يوزن اذا قوبلت بالاعيان القيمية (و) معرفة (وصفه) ككونه بخاريا او
سمرقنديا لان جهالتهما تفضى الى النزاع فيعرى العقد عن المقصود (وصح
البيع (بحال) اى بثمن حال (ومؤجل) لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع
وعنه صلى الله عليه وسلم انه اشترى من يهودى ثوبا الى أجل ورهنه درعه ولابد أن
يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه
فى قريب المدة وذلك يسلم فى بعيدها كذا فى الهداية والكافى وغيرهما أقول فيه
اشكال لان نص البيع مطلق كما قالوا واشتراط معلومية الاجل بالدليل العقلى
تقييد المطلق بالرأى وهو غير صحيح لما تقرر فى الاصول ان تقييد المطلق نسخ ونسخ

(قوله ونحوها) يعنى نحو الثلاثة بجنسها
(قوله فلا يحتاج الى بيان القدر
والوصف) أقول ولكن لا تسقط
الجودة حتى لو أراه دراهم وقال اشتريت
بهذه فوجدها زيوفا أو نبهرجة كان له أن
يرجع بالجياد كما فى البرهان (قوله واجبة
فيها) لعله واجب فيه اذ الضمير راجع للمسلم
فيه (قوله ولم يعرفاه) يعنى مقداره (قوله
وأشار الى مكانه الخ) بل يصح البيع وان
لم يشر الى مكانه وأعم منه وبيع نصيبه
من مشترك لغير شريكه بغير اختلاط
المثلى ولى فيه رسالة

الكتاب بالرأي لا يجوز ويمكن دفعه بأن اطلاق النص انما هو بالنظر الى نفس الاجل وهي لم تقيد بالمعلومية لما سيأتي في خيار الشرط انه اذا قال بعتك هذا الى اجل او مؤجلا صح فينصرف الى نصف يوم او ثلاثة ايام او شهر والمقيد بالمعلومية انما هو وقت الاجل والنص ليس بمطلق بالنظر اليه ولهذا قال (معلوم الوقت) حتى اذا جهل وقته فسد البيع كالبيع الى الحصاد ونحوه وتحقيقه أن البيع مطلق والمطلق هو المتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات وذات البيع وحقيقته كما عرفت مبادلة المال بالمال فالثمن معتبر في مفهوم البيع والتأجيل من صفات الثمن فيكون من صفات البيع ولهذا يقال بيع مؤجل فبالنظر الى التأجيل يكون البيع مطلقا لا يجوز تقييده بظني وأما تعيين وقت الاجل فليس من صفات البيع بل أمر له نوع تعلق بصفته فبالنظر اليه لا يكون البيع مطلقا فيجوز تقييده بالرأي فيندفع الاشكال (وبعد ما علم) الاجل (ان مات البائع لا يبطل الاجل وان) مات (المشتري حل المال) لان فائدة التأجيل ان يتجر فيؤدي الثمن من نماء المال فاذا مات من له الاجل تعين المتروك لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل (واذا منع البائع السلعة سنة الاجل فللمشتري أجل سنة ثانية) يعني اذا اشترى بثمن مؤجل الى سنة غير معينة ولم يقبض المبيع حتى مضت السنة فللمشتري سنة أخرى بعد قبضه وقالا ليس له ذلك (ويطلق) أي صح البيع بثمن مطلق عن ذكر الصفة لا القدر لوجوب ذكره لما عرفت (فالعقد) أي فالعقد حينئذ يقع (على غالب النقد) أي غالب نقد البلد في الرواج لانه المتعارف (فان استوى) أي لم يوجد الغالب بل استوى (الرواج) في النقود (لا المالية) بل تفاوتت فيها (فسد) أي البيع (ان لم يبين) أي الثمن انه من أي نوع لان الجهالة تفضي الى النزاع كما مر (او) استوى (المالية أيضا) أي كما استوى الرواج (واختلف الاسم) كالاحادي والثنائي والثلاثي (صح ان اطلق اسم الدرهم على كل منها) حيث يطلق على الواحد من الاول والاثنين من الثاني والثلاث من الثالث اسم الدرهم اذ لا نزاع عند عدم الاختلاف في المالية وهو المانع من الجواز (وصرف الى ما قدر به من كل نوع) مثلا اذا باع عبدا بألف درهم فله أن يعطي ألفا من الاحادي أو ألفين من الثنائي أو ثلاثة آلاف من الثلاثي هذا ما ذكر في الكافي وأراد صاحب الهداية وان كان في عبارته نوع غموض (ولا يتعين النقدان) النقد ما ليس مصوغا من الذهب والفضة مسكوكا أو لا (والفلوس النافقة) كذا في العمادية (في صحيحه) أي صحيح البيع (وان عينا) يعني اذا عين العاقدان درهما مثلا ثم أراد المشتري تبديله بدرهم آخر جاز عندنا ولا يسمع نزاع البائع وعند الشافعي يتعينان بالتعيين حتى لا يجوز تبديله بآخر ولو هلك قبل التسليم أو استحق بعده أو قبله ينتقض البيع عنده لا عندنا بل يطالب بتسليم مثله وانما قال في صحيحه لما ذكر في العمادية ان الدراهم والدنانير يتعينان في البيع الفاسد من الاصل ولا يتعينان فيما ينتقض بعد الصحة صورة الاول ما اذا باع عبدا وقبض الثمن فظهر انه ثمن الحر أو باع جارية وظهر انها أم

(قوله وهي لم تقيد بالمعلومية) الضمير في هي يرجع للآية يعني وأحل الله البيع (قوله واذا منع البائع السلعة الخ) أقول محل الاختلاف فيما اذا قال الى سنة كما ذكر اما لو قال الى رجب وحبسه اليه فليس له من الاجل غيره لانه اسم علم على رجب خاص فكان منصرفا الى أول رجب يأتي عقيب العقد باتفاق كما في البرهان (قوله يتعينان في البيع الفاسد من الاصل) يعني من أصله لا طارئا عليه

ولده تتعين دراهم الثمن للرد لان لهذا القبض حكم الغصب وصورة الثاني ما اذا باع عبدا وهلك قبل التسليم فالثمن المقبوض لا يتعين في رواية وهو الاصح (وصح) البيع (في الطعام) وهو الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا وسيأتي في الوكالة (والحبوب) وهي غيرهما كالعدس والحمص ونحوهما (ولو) كان المبيع (جزافا) أي بطريق المجازفة معرب كزاف (لو) بيع (بغير جنسه) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا بيع بجنسه مجازفة فانه لا يصح لاحتمال الربا (وصح) أيضا بيع المكيلات والموزونات (باناء او بحجر معين) كل منهما (جهل قدره) لان المانع من الصحة جهالة تفضي الى النزاع وههنا ليست كذلك لان التسليم في البيع معجل فيندر هلاك الاناء والحجر بخلاف السلم فان التسليم فيه متأخر فالهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق فيه المنازعة وعن أبي يوسف ان الجواز فيما اذا كان المكيال لا ينكبس بالكبس كالقصعة ونحوها وأما اذا كان كالزنبيل ونحوه فلا يجوز وكذا اذا كان الحجر يتفتت أو باعه بوزن شئ اذا جف يخف (و) صح أيضا في (القدر المسمى) واحدا كان أو أكثر (اذا بيع صبرة كل قفيز أو قفيزين) مثلا (بكذا) يعني اذا قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز او قفيزين أو ثلاثة بكذا فالبيع جائز في القدر المسمى في عدد القفزان عند أبي حنيفة لا الباقي الا اذا زالت الجهالة بعلم جميع القفزان بتسميتها أو بالكيل في المجلس قبل الافتراق وقالا يجوز مطلقا (لا صبرتان) أي لا يصح البيع عند أبي حنيفة في القدر المسمى اذا بيع صبرتان (من جنسين) كصبرتي بر وشعير كل قفيز أو قفيزين بكذا حيث لم يصح البيع عنده في قفيز واحد لتفاوت الصبرتين وعندهما يصح فيهما أيضا وذكر في المحيط والايضاح ان العقد يصح على قفيز واحد منهما (ولا) أي لا يصح أيضا البيع عنده في القدر المسمى اذا بيع (متفاوت كالثلة) وهي قطيع غنم كل شاة أو شاتين بكذا (والعدل) المشتمل على الاثواب المتفاوتة كل ثوب أو ثوبين بكذا لان التفاوت في أبعاضها يقتضي الجهالة المؤدية الى النزاع بخلاف الصبرة (وان سمي الجملتين) أي جملتي المبيع والثمن بان قال بعت هذه الثلة وهي مائة بألف درهم أو بعت هذا العدل وهو عشرة أثواب بمائة (بلا تفصيل) أي لا يقول كل شاة بكذا أو كل ثوب بكذا (صح) البيع (في الكل) اجماعا (متفاوتا أولا) لمعلومية المبيع والثمن (فان باعها) هذا تفصيل لقوله وان سمي الجملتين بلا تفصيل يعني بعد ما سمي الجملتين ولم يفصلهما فان باع الصبرة (على انها مائة) أي مائة قفيز (بمائة) صح البيع ولا يتفاوت الحكم ههنا بين أن يسمي لكل قفيز ثمنا بان يقول كل قفيز بدرهم وبين أن لا يسمي لعدم التفاوت بخلاف العدديات المتفاوتة كما سيأتي (وهي) أي الصبرة (أقل) من المائة (أخذه) أي المشتري الاقل (بحصته) من الثمن (أو فسخ) العقد يعني انه مخير بين الامرين لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود (أو) هي (أكثر) من المائة (فالزائد) على المائة (للبائع) والمائة للمشتري لان البيع وقع على مقدار معين وقد وجد فصح العقد والقدر ليس بوصف حتى يدخل في البيع كما في الثوب فيكون للبائع (وان

(قوله فالثمن المقبوض لا يتعين في رواية وهو الاصح) اقول وفي البرهان فلو فسد الصرف بالافتراق قبل قبض احد البدلين يتعين المقبوض للرد في اظهر الروايتين بناء على ان قبض البدلين قبل الافتراق شرط لصحة العقد وقيل هو شرط لبقائه على الصحة فلا يتعين رده (قوله بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة فانه لا يصح) يعني الا أن يكون ما دون نصف صاع فيجوز لخفة يتعين (قوله وعن أبي يوسف ان الجواز الخ) اقول ظاهره انه ليس بمعتمد مع انه قيده معتبر قيده به الزيلعي حيث قال وهذا اذا كان الاناء لا ينكبس بالكبس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف وأما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا في قرب الماء استحسانا لتعامل الناس فيه وروي ذلك عن أبي يوسف اه (قوله وقالا يجوز مطلقا) قال في البرهان وبه يفتى وذكر وجهه (قوله لا صبرتان) اقول الوجه لا صبرتين (قوله وان سمي الجملتين بلا تفصيل صح في الكل) أقول وكذا لو بين احدى الجملتين لما في شرح المجمع قيدنا موضع الخلاف بقيدين لانه لو بين جملة الذرعان ولم يبين جملة الثمن كما اذا قال بعت هذا الثوب وهو عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أو بين جملة الثمن ولم يبين جملة الذرعان كما اذا قال بعت هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فالبيع جائز اتفاقا لانه ببيان جملة الذرعان صار الثمن معلوما وببيان جملة الثمن صار جملة الذرعان معلومة كذا في الجامع الصغير لقاضيخان اه

باع المذروع هكذا) أي سمى الجملتين ولم يقل كل ذراع أو ذراعين بكذا صح البيع فان وجده المشترى تاما أخذه بكل الثمن بلا خيار وان وجده أقل خير ان شاء (أخذ الاقل بالكل) أي بكل الثمن (أو ترك) لان الذرع وصف في الثوب لا بمعنى كونه صفة مرضية له بل هو في اصطلاح الفقهاء ما يكون تابعا للشئ غير منفصل عنه اذا حصل فيه يزيده حسنا وان كان في نفسه جوهرا كذراع من ثوب أو بناء من دار كما سيق في الايمان فان ثوبا هو عشرة أذرع و يساوى عشرة دراهم اذا انتقص منه ذراع لا يساوى تسعة بخلاف المكيلات والعدديات فان بعضها منها يسمى قدرا واصلا ولا يفيد انضمامه الى بعض آخر كمالا للمجموع فان حنطة هي عشرة أقفزة اذا ساوت عشرة دراهم كانت التسعة منها تساوى تسعة وقد اختلفوا في تفسير الوصف والاصل والكل راجع الى ما ذكرنا والوصف بهذا المعنى لا يقابله شئ من الثمن كاطراف الحيوان الا اذا كان مقصودا بالتناول كما سيأتي (وأخذ) أي المشترى (الاكثر بلا خيار للبائع) لانه وصف فكان كما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم (وان باع المتفاوت هكذا) أي سمى الجملتين ولم يفصل (صح البيع) (في الكل) حتى اذا تساوى المبيع والثمن لزم البيع لمعلومية كل منهما (لا الاقل والاكثر) قال في غاية البيان نقلا عن الايضاح اذا قال بعتك هذا القطيع على أنه خمسون رأسا أو هذا العدل على أنه خمسون ثوبا بكذا فالبيع جائز لان جملة المبيع والثمن صار معلوما بالتسمية فاذا وجد المبيع زائدا أو ناقصا فالبيع فاسد لان الزيادة لم يقع عليها العقد فيصير كأنه باع ثوبا من أحد وخمسين وهذا فاسد لانه مجهول متفاوت وان كان ناقصا فيحتاج الى ان يحط حصة الثوب الناقص وهي مجهولة فيفسد ايضا وهكذا في سائر ما يختلف قيمته (وان زاد) أي في بيع المذروع بعد ذكر الجملتين (كل ذراع بدرهم) لم يتعرض لذكر الصبرة لما ذكران الحكم لا يختلف هناك بين ذكر هذا القيد وبين تركه لعدم التفاوت (صح في الكل) لما ذكرنا (فان وجده أقل أو أكثر أخذ الاقل بالاقل أو ترك) في الصورة الاولى لان الوصف وان كان تابعا لا يقابله شئ من الثمن صار ههنا أصلا بافراده بذكر الثمن فانهم قالوا الوصف يقابله شئ من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض يسقط نصف الثمن أو حكما لحق البائع كما اذا حدث عيب عند المشترى أو لحق الشارع كما اذا خاط المشترى الثوب المبيع ثم اطلع على عيب يكون للوصف قسط من الثمن فاذا صار أصلا ووجده ناقصا ثبت الخيار ان شاء أخذه بحصته وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه أو لفوت الوصف المرغوب فيه (و) في الصورة الثانية أخذ (الاكثر بالاكثر أو فسخ) لانه ان حصل له الزيادة في المبيع لزمه زيادة الثمن لما ذكر فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير ولو أخذه بالاقل لم يكن عاملا بمقتضى اللفظ وانما قال في الاولى أو ترك وقال ههنا أو فسخ لان المبيع لما كان ناقصا في الاولى لم يوجد المبيع فلم ينعقد البيع حقيقة وكان أخذ الاقل بالاقل كالبيع بالتعاطي وفي الثانية وجد المبيع مع زيادة هي تابعة في الحقيقة فتدبر (وان وجده) أي المذروع (عشرة ونصفا أو تسعة ونصفا أخذه في الاول

(قوله في الصورة الاولى) هي ما اذا وجده أقل (قوله وفي الصورة الثانية) هي ما اذا وجده أكثر

وعشرة بلا خيار وفي الثانية بتسعة به) أي بالخيار وقال أبو يوسف في الاول يأخذه
بأحد عشر بالخيار وفي الثاني بعشرة به وقال محمد في الاول يأخذه بعشرة ونصف
بالخيار وفي الثاني بتسعة ونصف به لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة
نصفه بنصفه فيجري عليه حكمه ولابي يوسف انه لما أفرد كل ذراع ببدل نزل كل
ذراع منزلة ثوب وقد انتقص وله ان الذراع وصف في الاصل وانما أخذ حكم
المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فاذا عدم عاد الحكم الى الاصل وقيل في
الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه حينئذ
كالموزون حيث لا يضره الفصل فيجوز بيع ذراع منه (وان زاد) أي المقيد
المذكور (في بيع المتفاوت صح في الاقل بقدره وخير) لانه لما بين لكل منها ثمنا
كان كل منها مبيعا فصح في العدد الموجود ولكنه خير لتفرق الصفقة عليه (وفسد
في الاكثر) لانه اذا كان زائدا تبقى الجهالة في المردود المتفاوت فيؤدي الى النزاع
(صح بيع عشرة أسهم من مائة سهم من دار) اجماعا (لا عشرة أذرع من مائة
ذراع منها) عند أبي حنيفة وعندهما جائز ذكره في غاية البيان نقلا عن الصدر
الشهيد والامام العتابي ان قولهما بجواز البيع اذا كانت الدار مائة ذراع ويفهم
هذا من تعليلهما ايضا حيث قالا لان عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه
عشرة أسهم من مائة سهم وله ان البيع وقع على قدر معين من الدار لا على شائع
لان الذراع في الاصل اسم لخشبة يذرع بها واستعيرها هنا لما يحله وهو معين
لا مشاع لان المشاع لا يتصور ان يذرع فاذا أريد به ما يحله وهو معين لكنه مجهول
الموضع بطل العقد (ولا ثوبين على انهما هرويان فاذا أحدهما مروي) بسكون الراء
(وان بين ثمن كل) لانه جعل القبول في المروي شرط جواز العقد في الهروي واشتراط
قبول المعدوم في العقد يفسده

(فصل) اعلم ان ههنا أصولا الاول ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا يدخل
في البيع وان لم يذكر صريحا والثاني ان كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار
كان تابعا له داخلا في المبيع وما لا فلا قالوا وان ما وضع لان يفصله البشر بالآخرة
ليس باتصال قرار وما وضع لا لان يفصله فهو اتصال قرار والثالث ان ما لا يكون
من القسمين ان كان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل في البيع بذكرها والا فلا
اذا تقرر هذا فنقول (لا يدخل العلو بشراء بيت بكل حق له ونحوه) أي بمرافقه
وبكل قليل وكثير هو فيه أو منه لان البيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء
لا يستتبع مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه (ولا) يدخل العلو أيضا بشراء
(منزل الا به) أي بالقيد المذكور لان المنزل اسم بين الدار والبيت اذ يتأتى فيه
مرافق السكنى بنوع قصور بانتفاء منزل الدواب فيه فاشبه بالدار يدخل العلو فيه
تبعا عند ذكر الحقوق واشبه بالبيت لا يدخل فيه بدونه (ويدخل هو) أي العلو
(والبناء ومفتاح غلق متصل) بباب الدار بخلاف المنفصل وهو القفل فانه
ومفتاحه لا يدخلان بهذا القيد (والكنيف بشراء دار بحدودها بدونه) أي بدون
ذكر ذلك القيد أما العلو فلان الدار اسم لما يدار عليه الحد والعلو منها وكذا

(قوله وله) يعني به الامام وهو دليل أصل المسئلة (قوله في بيع المتفاوت) يعني كما اذا باع عدلا

(فصل)

(قوله والبناء ومفتاح غلق متصل والكنيف بشراء دار الخ) أقول وكذا ينبغي بشراء بيت ومنزل ولم أقف على نقل فيهما ثم رأيت في التتارخانية انه يدخل في شراء البيت ولما كانت الدار اسما للعرصة فيتوهم عدم دخول البناء نص عليه لان البناء وصف ذاتي فيها فدخل ذلك ضرورة وأما البيت والمنزل فحقيقتهما لا تكون الا بالبناء فلا احتياج لذكره والنص على دخوله

البناء وأما المفتاح فلان الغلق المتصل جزء منها والمفتاح يدخل في بيع الغلق بلا
تسمية لانه كالجزء منه اذ لا ينتفع به الا به والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم المتصل
بالبناء يدخل ولو من خشب لا غير المتصل والدرير كالسلم كذا في الكافي (لا) أي
لا يدخل في بيع الدار (الظلة والطريق والشرب والمسيل الا به) أما الظلة فلانها
مبنية على هواء الطريق فأخذت حكمه وأما الطريق والشرب والمسيل فلانها
خارجة عن الحدود ولكنها من الحقوق فتدخل بذكرها وتدخل في الاجارة بلا
ذكرها لانها تعقد للانتفاع ولا يحصل الا به بخلاف البيع لانه قد يكون للتجارة
(ويدخل الشجر) وان لم يسمه (لا الزرع) الا بالتسمية (بشراء الارض) لان
الشجر متصل بها للقرار فاشبه البناء والزرع متصل به للفصل فاشبه متاعا فيها (ولا
الثمر بشراء شجرة) لان الاتصال وان كان خلقيا فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع
(الا بكل مافيها أو منها) لانه حينئذ يكون من المبيع (لا بحقوقها) لانه ليس منها
(لا يصح بيع الزرع قبل صيرورته بقلا) لانه ليس بمنتفع به وتابع للارض فيكون
كالوصف فلا يجوز ايراد العقد عليه بانفراده وان باع على أن يتركه الى أن يدرك
لم يجز وكذا الرطبة والبقول (وبعدها يصح ان شرط تخلية المشتري) أي تخلية أرض
البقل بان يقطعه أو يرسل عليه دابته فتأكل فحينئذ يصح لان الشرط مقتضى
العقد فلا يفسده (ويجوز بيع حصته من شريكه) لوجود المقتضي وعدم المانع
لانه بالنظر اليه كالاصل لاختلاط ملكهما (مطلقا) أي سواء بلغ أوان الحصاد أو لا
(ومن غيره بغير اذنه ان لم يفسخ الى الحصاد) لانه حينئذ ينقلب الى الجواز كما اذا
باع الجذع في السقف ولم يفسخ البيع حتى أخرجه وسلمه ولو كان الارض والزرع
مشتركا فباع نصف الارض مع نصف الزرع من شريكه أو اجنبي بغير رضا شريكه
جاز وقام المشتري مقام البائع ثم بيع نصف الزرع بدون الارض انما لا يجوز في
موضع كان لصاحب الزرع حق القرار فيه بان زرع في ملك نفسه أما اذا كان
متعديا في الزراعة كالغاصب فجاز بيع النصف كذا في الخلاصة (كذا منفرد باع
كله) أي جاز بيعه أيضا ان لم يفسخ الى الحصاد اذ حينئذ يرتفع الفساد (باع سمكة فيها
درة لم تدخل في البيع) يعني اصطاد سمكة في بطنها درة فالسمكة والدرة لثبوت
اليد عليهما فلو باع السمكة لم تدخل الدرة في البيع لانها ليست من أجزائها كذا في
الهداية والكافي في باب الركاز (صح بيع البر في سنبله والباقلا) بتشديد اللام
والقصر واذا فتحت الباقلاء بالمد خففت اللام كذا في الصحاح (والارز والسمسم في
قشره الاول) وكذا الجوز واللوز والفستق وقال الشافعي لا يجوز ذلك كله وله في
بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز بيع ذلك كله لان المعقود عليه مستور بما لا منفعة
له فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم
ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها قال في العناية وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية
والاولى أن يستدل بقوله نهى فان النهي يقتضي المشروعية أقول فيه بحث لان
المشروعية التي يقتضيها النهي عن الافعال الشرعية هي مشروعية الاصل مع عدم

مشروعية

(قوله لا غير المتصل الخ) كذا قال
الزيلعي ثم قال وهذا في عرفهم وفي
عرف أهل مصر ينبغي أن يدخل
السلم وان كان منفصلا (قوله لا أي
لا يدخل في بيع الدار الظلة الى قوله الا
به) أقول وكذا ظلة الحانوت ان لم يذكر
المرافق لا تدخل كما في الخانية (قوله
ويدخل الشجر) أقول ولو غير مثمر
أو صغيرا فانه يدخل على الاصح كما في
البرهان وما كان مغيبا في الارض من
الكراث يدخل في البيع المطلق على
الصحيح لانه يبقى في سنين بمنزلة الشجر
لا ما كان ظاهرا كما في قاضيخان (قوله
ولا الثمر) أقول وان لم يكن له قيمة في
الصحيح ويكون للبائع كما في البرهان والورد
وورق التوت والآس ونحوها كالثمار
كما في شرح المجمع (قوله وبعدها يصح)
يعني بعد صيرورته بقلا (قوله كذا منفرد
باع كله أي جاز بيعه أيضا ان لم يفسخ الى
الحصاد الخ) أقول يخالف هذا ما قدمه
من صحة بيع الزرع اذا صار بقلا (قوله
صح بيع البر في سنبله الخ) أقول وهذا
بخلاف حب القطن وبزر البطيخ ونوى تمر
بعينه لعدم صحة اطلاق اسم ذلك المبيع
على ما يتصل به من التمر والبطيخ والقطن
لا يقال هذا بزر بطيخ وكذا الباقي فلا
يصح البيع أما الحنطة وان كانت في
سنبلها يصح أن يقال هذه حنطة وكذلك
سائر الحبوب في سنابلها يقال هذه ذرة
وهذا أرز ويلزم البائع تخليصه من سنبله
بدياسة وتذرية في المختار كما في البرهان

مشروعية الوصف وهو عين الفساد فالدليل يفيد خلاف المدعى لان المدعى صحة
البيع والدليل يفيد فساده بل الصواب أن يقال ان الاستدلال به مبني على ماقال
صاحب المجمع في البدائع ان الغاية عندنا من قبيل الاشارة لا المفهوم أو على ماقال
صاحب التلويح في بحث المعارضة والترجيح أن مفهوم الغاية متفق عليه (و) صح
بيع (ثمر وان لم يبد صلاحها) لانها مال متقوم حالا أو مآلا (ولزم) على المشتري
(قطعها) اذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع (وشرط ابقائها) على الشجر حال
البيع (يفسده) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشتري (وجده) أي الثمن
(زيوفا ليس له استرداد السلعة وحبسها له) أي بالثمن يعني اذا باع سلعة بثمن فله
حق حبسها حتى يستوفي ثمنها ان سلمها الى المشتري بطل حقه في الحبس وليس له
استرجاع السلعة وانما له المطالبة بالثمن فلو قبض الثمن وسلم المبيع ثم وجد
الثمن زيوفا لم يكن له استرجاع السلعة وانما له المطالبة بحقه وقال زفر له ذلك
(قبض زيوفا بدل الجياد) يعني كان له على آخر دراهم جياد فاستوفى زيوفا على
ظن انها جياد فأتلفها (ثم علم) انها زيوف (ان كانت قائمة يردها ويسترد الجياد والا)
أي وان لم تكن قائمة سواء كانت هالكة أو مستهلكة (فلا) أي لا يرد ولا يسترد
وقال أبو يوسف يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد لان الرجوع بالنقصان باطل
لاستلزامه الربا ولا وجه لابطال حقه في الجودة لعدم رضاه فكان النظر فيما عيناه
ولهما أن قضاء الدين حصل بقبض جنس حقه وبعد العلم حقه في فسخ ذلك القضاء
وهو ممتنع لهلاك ما به حصل القضاء انما قال زيوفا لانها لو كانت رصاصا أو ستوقة
نرد اتفاقا وانما قال ثم علم لانه لو علم عند القبض انها ستوقة سقط حقه (اشترى شيأ
وقبضه ومات مفلسا قبل نقض ثمنه فالبائع أسوة الغرماء) يعني اشترى شيأ وقبضه
ولم ينقد الثمن حتى مات مفلسا فالبائع أسوة الغرماء يقتسمونه ولا يكون
البائع أحق به وعند الشافعي هو أحق به وانما قال قبضه اذ لو لم يقبضه فالبائع أحق
به اتفاقا

(باب خيار الشرط والتعيين)

اعلم ان البيع تارة يكون لازما وأخرى غير لازم واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود
شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولكون اللازم أقوى قدمه ثم ذكر خيار الشرط
والتعيين وأراد بالاول أن يكون العاقد مخيرا بين قبول أصل العقد ورده وأراد
بالثاني أن يشتري أحد الشيئين أو الثلاثة على أن يعين أيا شاء وقدمهما على باقي
الخيارات لانهما يمنعان ابتداء الحكم ثم ذكر خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم
وأخر خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم وخيار الشرط أنواع فاسد وفاقا كما اذا قال
اشتريت على اني بالخيار أو على اني بالخيار أياما أو على اني بالخيار أبدا وجائز وفاقا
وهو أن يقول على اني بالخيار ثلاثة أيام فما دونها ومختلف فيه وهو أن يقول على اني
بالخيار شهرا أو شهرين فانه فاسد عند أبي حنيفة وزفر والشافعي وجائز عند أبي يوسف
ومحمد (جاز) أي خيار الشرط (للمتبايعين) أي لكل منهما (معا) ولا يوجد البيع

(قوله فأتلفها) لفظة زائدة بحذفها
تستقيم العبارة اذ لا يصح معها قوله ان
كانت قائمة يردها لانه لا يتصور رد المتالف

(باب خيار الشرط والتعيين)

(قوله وأراد بالاول ان يكون العاقد مخيرا
بين قبول العقد ورده) أقول وهو موضوع
للفسخ عندنا لا الاجازة فاذا فات الفسخ
لزم العقد وقال الامام مالك رحمه الله
تعالى للاجازة فاذا مضت المدة فاتت
الاجازة فينفسخ العقد كما في البرهان
(قوله وقدمهما على باقي الخيارات
لانهما يمنعان ابتداء الحكم) أقول هذا
مسلم في خيار الشرط أما خيار التعيين
في منع الحكم ابتداء ففيه نظر اذ أحد
ما فيه التعيين غير ممنوع الحكم غايته
أنه مخير في بيان ذلك بناء على القول بانه
لا يشترط في هذا العقد خيار الشرط كما
ذكره في الجامع الكبير وقال فخر الاسلام
هو الصحيح أما على القول بلزوم خيار الشرط
فيه كما هو في الجامع الصغير وقال شمس
الائمة هو الصحيح فسلم أيضا فتأمل (قوله
فاسد اتفاقا كما اذا قال اشتريت على اني
بالخيار) أقول يخالف هذا ما في الخانية
رجل اشترى شيأ فقبضه ثم قال له البائع
بعد أيام انت بالخيار فله الخيار ما دام في
المجلس ويكون هذا بمنزلة قوله لك اقالة
هذا البيع اه ثم قال اشترى شيأ وشرط
الخيار لنفسه ولم يؤقت كان له أن يفسخ
البيع (قوله أو على اني بالخيار أياما)
أقول مقتضى قولهم لو حلف لا يكلمه
أياما يكون على ثلاثة أن يصح ويصرف
اليها تصحيحا للكلام العاقل وصرفا عن
الغائية والالغاء الفرق بينهما (قوله فلا
يوجد البيع ما لم يرضيا) أقول لو قال فلم
يلزم البيع ما لم يرضيا لكان أولى فتأمل

مالم يرضيا (ولاحدهما ولغيرهما) كما سيأتي (الى ثلاثة أيام) أي الى آخرها لقوله
صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام
وجه الاستدلال ان شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم فيكون مفسدا
له لكنه جوز بهذا النص الدال على الخيار في البيع والشراء بلفظ بايعت على
خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه (لا أكثر) وقالا يجوز اذا سمى
مدة معلومة (وان أجاز) أي من له الخيار بعد العقد الى أكثر من ثلاثة أيام (فيها)
اى في ثلاثة أيام (جاز) البيع لزوال المفسد قبل تقرره (ان شرى) لم يذكره بالفاء
كما ذكر في الوقاية اشارة الى انه ليس من صور خيار الشرط حقيقة ليتفرع عليه بل
أورده عقيبه لانه في حكمه معنى (على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع
صح و) الى (أكثر لا الا ان ينقده في الثلاثة) قالوا لان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ
الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون
ملحقا به أقول يرد على ظاهره أنك قد عرفت أن النص الوارد في شرط الخيار مخالف
للقياس وقد تقرر في كتب الاصول أن ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه
لا يقاس ودفعه أن المقرر في كتب الاصول عدم جواز القياس الجلي على ما ثبت
بخلاف القياس الخفي اذ قد تقرر فيها أيضا جواز الحاق ما ثبت على خلاف
القياس بغيره بطريق دلالة النص وبطريق الاستحسان الذي هو القياس الخفي
وكل منهما محتمل ههنا كما لا يخفى على الناظر المتأمل (ولا يخرج المبيع بخيار
البائع عن ملكه) لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا لو اعتقه
البائع نفذ ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع (فان قبضه
المشتري فهلك) في يده في مدة الخيار (ضمن قيمته) لانفساخ البيع بالهلاك لانه
كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة
ولو هلك في يد البائع هلك عليه وانفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما في البيع
المطلق (ويخرج) المبيع عن ملك البائع (بخيار المشتري) يعني اذا كان الخيار
للمشتري فقط يخرج المبيع عن ملك البائع للزوم البيع في جانبه بانتفاء الخيار
(فان هلك) المبيع (عنده) أي المشتري (ضمن الثمن) فان الهلاك لا يخلو عن
مقدمة عيب وسيأتي انه اذا دخله عيب يمتنع الرد واذا امتنع لزم العقد وتم فيلزم
الثمن المسمى بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لان الخيار اذا كان له يهلك والبيع
موقوف كما مر فيلزم القيمة (ولا يملكه) أي لا يملك المشتري المبيع وقالا يملكه لانه
خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري كان ملكا بلا مالك ولا نظير
له في الشرع وله ان الثمن لم يخرج عن ملكه فلو دخل المبيع في ملكه لاجتمع
البدلان في ملك شخص واحد حكما بالمعاوضة ولا نظير له في الشرع ورجح هذا بان
الخيار انما شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه ربما
كان عليه لا له بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه (وله) أي لعدم تملك المشتري
للمبيع (فروع الاول لو اشترى زوجته بقي النكاح) لعدم ملك المبيع المزيل له
(الثاني ان وطئها) أي وطئ المشتري بالخيار زوجته (جاز له ردها) لان وطئه

بالنكاح

(قوله وان أجاز فيها جاز البيع لزوال المفسد قبل تقرره) أقول هذا عند أهل العراق من أصحابنا فان عندهم ينعقد فاسدا ابتداء اذ الظاهر دوام الشرط وعند شمس الائمة وفخر الاسلام والخراسانيين ينعقد موقوفا وبالاسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحا وهذا أوجه كما في البرهان وذكر وجهه (قوله ولا يخرج المبيع بخيار البائع ويخرج بخيار المشتري الخ) أقول هذا الحكم فيما اذا انفرد أحدهما بالخيار وأما لو كان الخيار لهما جميعا فلا يثبت حكم العقد أصلا كما في الخانية ثم قال ولو كان البيع بشرط الخيار لهما فمات أحدهما لزم البيع من جانبه والآخر على خياره اه

بالنكاح لا بملك اليمين ليمتنع الرد (الا في البكر) لانه تعييب وسيأتي أنه يبطل الرد (الثالث ان اشترى قريبه لا يعتق عليه في المدة) لعدم الملك فيها والعتق مرتب عليه (الرابع كذا) أي لا يعتق أيضا (من شراه قائل ان ملكت عبدا فهو حر) لعدم وقوع الشرط (الخامس حيضها في المدة لا يعد من الاستبراء) لانه انما يجب بعد ثبوت الملك ولم يثبت (السادس ان ردت الامة المشتراة به) أي بالخيار (على البائع فلا استبراء عليه) اذ لم يملكها المشتري ليتجدد الملك فيجب الاستبراء (السابع من ولدت في المدة بالنكاح لم تصر أم ولد) يعني ان اشترى زوجته بالخيار فولدت في أيام الخيار في يد البائع لا تصير أم ولد للمشتري فيملك الرد وانما قلنا في يد البائع لانها لو ولدت في يد المشتري لزم البيع و يبطل الخيار لان الولادة عيب (الثامن أنه) أي المبيع بالخيار (يهلك على البائع ان قبضه المشتري باذنه وأودعه عنده) أي عند البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك (التاسع بقي خيار مأذون شرى وأبرأه بائعه عن ثمنه في المدة) أي ان اشترى عبد مأذون شيئا بالخيار وابرأه بائعه عن ثمنه في مدة الخيار بقي خياره لانه لما لم يملكه كان رده في المدة امتناعا عن التملك وللمأذون ولاية ذلك فانه اذا وهب له شئ فله ولاية ان لا يقبله (العاشر بطل شراء ذمي من ذمي خمرا بالخيار ان اسلم) اي المشتري لئلا يتملكها مسلما باسقاط خياره (ومن له الخيار) سواء كان بائعا أو مشتريا أو اجنبيا فله ان يفسخ وله أن يجيز فاذا اراد الاجازة (يجيز بلا علم صاحبه ولا ينقض بدونه) اي بدون علمه ولو كان غائبا وقال أبو يوسف والشافعي له النقض أيضا بدونه كالاجازة ولانه مسلط عليه من قبله ولهذا لا يشترط رضاه كالوكيل بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل به بلا علم الموكل لانه مسلط من قبله ولهما أنه تصرف في حق الغير بالرفع ولا يعرى عن الضرر لان الخيار ان كان للبائع جاز أن يعتمد المشتري تمام العقد فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وان كان للمشتري جاز ان لا يطلب البائع لسلعته مشتريا وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه كعزل الوكيل بخلاف الاجازة اذ لا الزام فيها مع أنه موافق له فيها ولا نسلم أنه مسلط عليه من قبله كيف وهو بنفسه لا يملك النقض وانما ينقض لكون العقد غير لازم وعورض بأن ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه ان لم ينفرد بالنقض لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضي المدة فيلزم البيع اجيب بانه ضرر مرضي به منه حيث ترك الاستيثاق بأخذ الكفيل مخافة الغيبة (وان نقض العقد) من له الخيار (فلو علمه) اى علم الآخر النقض (في المدة انتقض) العقد لحصول العلم به (والا) اى وان لم يعلم به في المدة بل بعدها (تم العقد) لمضي المدة قبل الفسخ (ولا يورث هذا) أي خيار الشرط يعني أن العقد لا ينفسخ بفسخ الوارث كما كان ينفسخ بفسخ المورث حال حياته فاذا كان الخيار للبائع ومات ملك المشتري المبيع ولا ينازعه وارث البائع واذا كان للمشتري ومات ملك وارث المشتري بلا خيار فان قيل كيف يملكه الوارث والمورث لم يكن مالكا قلت العقد الموجب للملك كان موجودا في حقه ولكن الخيار كان مانعا

(قوله الا في البكر) يعني اذا كانت عذراء فأزال عذرتها (قوله ولا ينقض بدونه أي بدون علمه) أقول هذا اذا نقض بالقول (قوله وقال أبو يوسف والشافعي له النقض أيضا بدونه) أقول محل الاختلاف في النقض بالقول أما النقض بالفعل كالبيع والعتق وتوابعه والوطء ودواعيه بشهوة ضمني فلا خلاف في جوازه مع غيبة الآخر كما في السراج والبرهان (قوله ولانه مسلط عليه من قبله) الواو تقتضي معطوفا عليه وليس وفي بعض النسخ لم تثبت وهي سالمة من الاعتراض فتأمل

فاذا بطل الخيار في حق الوارث ظهر أثر الموجب للملك فتدبر وقال الشافعي يورث عنه لانه حق من حقوق البيع كخيار العيب والتعيين واجمعوا أنه لو مات من عليه الخيار وهو من لاخيار له يبقى الخيار ولنا ان الارث فيما يقبل الانتقال والخيار ليس الامشيئة وارادة ولا ارث في خيار العيب والتعيين لما سيأتي (ولا) يورث أيضا (خيار الرؤية) لانه أيضا ليس الامشيئة وارادة حتى ان المشتري لو مات قبل الرؤية فليس لورثته الرد بعدها كما كان له (و) لاخيار (التعيين) لما ذكر بل ثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير واذا بطل الخيار لزم البيع وتم (و) لاخيار (العيب) بل المورث استحق المبيع سالما فكذا الوارث لقيامه مقامه ولهذا ثبت له الخيار فيما تعيب في يد البائع بعد موت المورث وان لم يثبت للمورث (شرطه) أي الخيار (احدهما) يعني ان احد العاقدين اذا شرط الخيار (لغيرهما) جاز (فاي) من العاقدين والغير (اجاز او نقض صح) استحسانا والقياس ان لا يصح وهو قول زفر لان الخيار من احكام العقد فلا يصح اشتراطه للغير كالثمن وجه الاستحسان ان الخيار لغير العاقد يثبت بالنيابة عنه فيقدم الخيار للعاقد اقتضاء فيجعل هو نائبا عنه تصحيحا للتصرف فيكون لكل منهما الخيار (وفي اجازة احدهما) من الاصيل والنائب (ونقض الآخر الاول اولى) لوجوده في زمان لا يزاحمه غيره فيه (وفي المعية) أي ان خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية لان النائب يستفيد التصرف منه وتصرف الناقض في أخرى لان المجاز يلحقه النقض والمنقوض لا يلحقه الاجازة فاذا اجتمعا كان (النقض) اولى كنكاح الحرة مع نكاح الامة اذا اجتمعا كان نكاح الحرة اولى لانه يرد على نكاح الامة لا عكس ولان الاحتياط فيه اذ الفسخ يوجب الحرمة على المشتري والاجازة توجب الاباحة والمحرم راجح على المبيح (باع عبدين بالخيار في أحدهما ان فصل) أي الثمن (وعين) اي محل الخيار (صح) أي العقد (والا فلا) وهذا على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين ما فيه الخيار وهو فاسد لجهالة المبيع والثمن لان ما فيه الخيار كالخارج عن العقد لانه مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه أحدهما وهو مجهول وثانيها ان يفصل الثمن ويعين ما فيه الخيار وهو جائز لكون المبيع والثمن معلومين وقبول العقد فيما فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر لكنه غير مفسد لكونه محلا للبيع كالجمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين والرابع عكسه وهو فاسد فيهما لجهالة المبيع او الثمن وان اشترى كيليا او وزنيا او عبدا واحدا على أنه بالخيار في نصفه صح فصل الثمن اولا لان النصف من الشيء الواحد لا يتفاوت فقيمته أيضا لا تتفاوت فاذا كان ثمن الكل معلوما كان ثمن النصف أيضا معلوما فالمبيع معلوم اذ الشيوع لا يمنع الجواز كذا في الكافي (وصح التعيين فيما دون الاربعة) وهذا خيار التعيين يعني اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء بعشرة جاز وكذا الثلاثة استحسانا وان كانت أربعة فسد وهو القياس في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان أنه في معنى شرط الخيار اذ الجواز ثمة للحاجة الى التأمل

(قوله ولا خيار التعيين ولا خيار العيب) أقول نفي الارث في هذين الخيارين فيه نظر لمخالفته كلامهم من ان الارث جار في خيار التعيين والعيب فتأمل (قوله وشرطه احدهما لغيرهما جاز) أقول ولا يتقيد باحدهما بل لكل منهما أن يشرطه لغيره (قوله فاذا اجتمعا كان النقض اولى) أقول هذا على الاصح وهو رواية كتاب المأذون كما في البرهان (قوله كذا في الكافي) أقول وفي التبيين مع زيادة ولا فرق بين أن يكون الخيار للبائع او للمشتري (قوله يعني اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء) ظاهره ان الشراء وقع في الجميع ابتداء وقال الزيلعي وهو أن يبيع احد العبدين او الثوبين على ان يأخذ ايهما شاء اه وقال في البرهان أو اشترى ثوبا من ثوبين أو من ثلاثة على ان يعين أيا شاء اه فهذا مخالف لما صور به المسألة والصواب ما صوره الزيلعي والبرهان لان المنصوص عليه ان احدهما مضمون عليه بالثمن والآخر امانة في يده لقبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء اه وهذا لا يتأتى الا فيما اذا اشترى احدهما فليتأمل

ليختار

ليختار الارفق والاوفق مع أنه مخالف لمقتضى العقد فلذا يحتاج هنا الى اختيار من يثق به أو من يشتريه له فجوزنا البيع على هذا الوجه دفعا للحاجة والجهالة انما توجب الفساد اذا كانت مفضية الى النزاع واذا شرط الخيار للمشتري فهي لا تفضي الى النزاع لان الامر صار مفوضا اليه فيختار أيا شاء ويرد الآخر والحاجة تندفع بالثلاث لاشتمالها على الجيد والردىء والوسط وفي الاربعة وان لم يوجد النزاع لكن لم توجد الحاجة وهذه الرخصة قائمة بهما فلا تحصل بأحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط وقيل لا يشترط واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة عندهما (اشتريا بالخيار فرضي احدهما لا يرده الآخر) يعني اشترى رجلان عبدا على انهما بالخيار ثلاثة أيام فرضي احدهما دون الآخر فليس للآخر ان يرده عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا له الرد (وكذا خيار العيب) يعني اشتريا عبدا فظهر عيبه فرضي احدهما الا الآخر (والرؤية) يعني اشتريا شيئا لم يرياه فرآه احدهما فرضي لا الآخر فانهما أيضا على هذا الخلاف لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل منهما محتاج الى دفعه عن نفسه فلو بطل هذا بابطال الآخر خياره لم يحصل مقصوده ويلحقه به ضرر وله ان المشروط خيارهما لا خيار كل منهما بالانفراد فلا ينفرد احدهما بالرد أقول تحقيقه ان الخيار تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع ونحوهما وكل ما هو كذلك اذا فوض الى رجلين لا يستقل واحد منهما فيه كالوكالة فانه اذا وكل رجلين بالبيع ونحوه لا يقدر احدهما على التصرف بدون الآخر لان الموكل رضي برأيهما لا رأي احدهما بخلاف التوكيل بطلاق زوجته بلا عوض أورد الوديعة ونحوهما فانه لا يحتاج الى الرأي بل تعبير محض وعبارة الواحد والاثنين فيه سواء (ويبطله) أي خيار الشرط (الاخذ بالشفعة دارا) مفعول الاخذ (بيعت) صفة دار (بجنب) حال من دار أو صفة لها (ما شرط الخيار (فيه) وهي الدار المشتراة يعني من اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة دليل اختياره الملك فيها لان ثبوته لدفع ضرر الدخيل وهو بالاستدامة فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء بالاستناد فتبين ان الجوار كان ثابتا بخلاف خيار الرؤية فانه لو اشترى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة له ان يرد الدار الاولى بخيار الرؤية ولو عرض على بيع لا يبطل أيضا خيار الرؤية ويبطل خيار الشرط لانه لو قال أبطلت خيار الشرط سقط الخيار ولو قال أبطلت خيار الرؤية لا يبطل قبل الرؤية لان ثبوته موقوف على الرؤية كما سيأتي كذا في غاية البيان (و) يبطله أيضا (تعيبه) أي تعيب ما شرط فيه الخيار (بما) أي بعيب (لا يرتفع) كقطع يده فان الرد حينئذ يمتنع حتى لو مرض وزال جاز رده (و) يبطله أيضا (مضي المدة) لان الخيار لم يثبت له الا فيها كالمخيرة في وقت مقدر لم يبق لها الخيار بعد مضيه (و) يبطله أيضا (تصرف لا يفسخ كالاعتاق والتدبير أو) تصرف (لا يحل الا في الملك كالوطء والتقبيل واللمس بشهوة أو) تصرف (لا ينفذ الا فيه) أي في الملك (كالبيع والرهن

(قوله ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط) قال الكمال اختلف المشايخ فيه فقيل نعم كما هو المذكور في الجامع الصغير تصويرا على ما ذكرناه ونسبه قاضيخان الى أكثر المشايخ وقال شمس الائمة في جامعه هو الصحيح (قوله وقيل لا يشترط) هو المذكور في الجامع يعني الجامع الكبير والمذكور في الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقا لا قيدا وصححه فخر الاسلام وقال الصحيح عندنا انه ليس بشرط وهو قول ابن شجاع اه (قوله واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث الخ) أقول وكذا ذكره الزيلعي ثم قال بعده قال العبد الضعيف عفا الله عنه اذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضي المدة وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم في احدهما قبل مضي الوقت ولا يمكن تعيينه بمضي الوقت بدون تعيينه فلا فائدة لشرط ذلك والذي يغلب على الظن ان التوقيت لا يشترط فيه اه أقول في الزيلعي معنى خيار التوقيت وفائدته عند عدم شرط الخيار مسلم باعتبار ما ذكر أما سلب المعنى والفائدة عنه أصلا فلقائل أن يقول لا نسلم ذلك بل له معنى وفائدة هي دفع ضرر البائع لما يلحقه من مطل المشتري التعيين اذا لم يشترط فيفوت على البائع نفعه وتصرفه فيما علكه اه ثم ان المصنف رحمه الله لم يذكر ما اذا شرط خيار التعيين للبائع وقد اختلف المشايخ فيه فذكر الكرخي في مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه أشار في الزيادات وذكر في المجرد انه لا يجوز اه

اوالاجارة والهبة) فان كلا منها دليل اختيار الملك واستبقائه (لا اللبس والركوب
مرة) ونحو ذلك فانه يفعل للامتحان والتجربة فلا يدل على الاستبقاء (اشترى
بالخيار الى الغد دخل) اى الغد فيكون مخيرا فى الغد ايضا وكذا لو قال الى الظهر
او الليل دخل الظهر والليل عند ابى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يدخل لان الغد
ونحوه جعل غاية والغاية لا تدخل فى المغيا كالليل فى الصوم وله ان الغاية اذا
كانت لمد الحكم اليها لا تدخل كالليل فى الصوم فانه يتناول صوم ساعة فاذا قيل الى
الليل مد الحكم الى موضع الغاية واذا كانت لاخراج ما وراءها بقى موضع الغاية
داخلا كما فى المرافق فان مطلق الايدى ينتظم الاباط وكان ذكر الغاية لاخراج
ما وراءها فبقى موضع الغاية داخلا وهنا لو اقتصر على انه بالخيار ثبت الخيار مؤبدا
فيفسد البيع فاسقطت الغاية ما وراءها بخلاف التأجيل فانه لو باع مؤجلا الى
رمضان لم يدخل رمضان فان اطلاق التأجيل بان قال بعتك مؤجلا ولم يوقته
لا يتأبد بل ينصرف الى نصف يوم او ثلاثة ايام او شهر وبالشهر ينتفى فكانت الغاية
لمد الحكم اليها فلم تدخل (والقول للمنكر فى الخيار) يعنى اذا اختلف العاقدان فى
اشتراط الخيار فالقول لمن ينكره مع اليمين فى ظاهر الرواية لان الخيار لا يثبت الا
بالشرط فكان من العوارض فيكون القول لمن ينفيه كما فى دعوى الاجل
(والمضى) اى اذا اختلفا فى مضى المدة فالقول لمنكره لانهما تصادقا على ثبوت
الخيار ثم ادعى احدهما السقوط بمضى المدة فكان القول للمنكر (والزيادة) يعنى
اذا اختلفا فى قدره فالقول لمن يدعى اقصر الوقتين لان الاخر يدعى زيادة شرط
عليه وهو ينكر (اشترى عبدا بشرط خبزه او كتبه ووجده بخلافه اخذه بثمنه او
تركه) لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط فى العقد ثم فواته يوجب التخيير
لانه لم يرض به دونه وذلك بان لا يقدر على الخبز والكتابة قدر ما ينطلق عليه اسم
الخباز والكاتب فحينئذ يخير بين القبول بجميع الثمن وبين الرد اذا لم يمتنع الرد
بسبب من الاسباب (كشراء شاة على انها حلوب او لبون) ولم توجد كذلك (فانه
يخير) لما ذكر (بخلاف شرائها على انها حامل او تحلب كذا رطلا) حيث يفسد
العقد لان ذلك ليس من قبيل الوصف بل من قبيل الشرط الفاسد اذ لا يعرف ذلك
حقيقة (اشترى جارية بالخيار فرد غيرها) بدلها قائلا (بانها المشتراة) فتنازع
البائع والمشترى فقال البائع غيرت والمبيعة ليست هذه وانكر المشترى التغيير
وليس للبائع بينة (فالقول له) اى للمشترى مع اليمين (و) جاز (للبائع وطؤها) لان
المشترى لما ردها رضى بتمليكها من البائع بدل الثمن فكان للبائع ان يتملكها
كذا فى الواقعات

{ باب خيار الرؤية }

(جاز البيع والشراء لما لم يراه) اى البائع والمشترى يعنى يجوزان بيع رجل
شيأ ملكه ولم يره كما اذا ورثه وكذا يجوز ان يشترى رجل شيأ لم يره لما روى ان
عثمان رضى الله تعالى عنه باع ارضا له بالبصرة من طلحة بن عبد الله رضى الله عنه
فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لى الخيار لانى اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان رضى

الله

(قوله اشترى عبدا بشرط خبزه او كتبه
الخ) اقول ولو شرط ان العبد يكتب كذا
وكذا فانه يفسد (قوله اذا لم يمتنع الرد
بسبب من الاسباب) اقول واذا امتنع
يقوم كاتبا وغير كاتب وينظر الى تفاوت
ما بين القيمتين فيرجع المشترى
بنسبته من الثمن وروى الحسن عن ابى
حنيفة انه لا يرجع والصحيح ما فى ظاهر
الرواية كما فى البرهان (قوله كشراء
شاة على انها حلوب او لبون الخ) اقول
عدم الفساد على رواية الطحاوى ويفسد
على رواية الكرخى

{ باب خيار الرؤية }

ثبت حكما لا بالشرط وهو مانع تمام الحكم
وهو لزوم الملك ولا يتوقت كما سنذكره
(قوله جاز البيع والشراء لما لم يراه) يعنى
ان اشير الى المبيع مستورا او مكانه كما
سنذكره والا فلا يجوز البيع بالاجماع
كما ذكره فى النهر عن المبسوط اه وفى
التبيين ما يفيد اشتراط تسمية المبيع
لتنتفى الجهالة ولنا فيه رسالة

(قوله واتفقا انه موجود في ملكه) المراد الاتفاق على وجود المبيع لا بشرط كونه في ملك البائع لجواز بيع الوكيل والوصي والمتولي والمضارب ونحوه (قوله يعني اذا قال رضيت ثم رآه له أن يرده) انما صدر بصيغة يعني لان قوله وان رضي قبلها يصدق بالرضا الفعلي فاحترز عنه بالقولي كما قال في شرح المجمع ان اجازه بالقول قبل الرؤية لا يزول خياره وان اجازه بالفعل بأن تصرف فيه يزول وأما الفسخ بالقول فيصح قبل الرؤية لعدم لزوم العقد اه (قوله دون البائع) يشير الى أنه لو باع عينا بعين ولم ير كل منهما ما يحصل له من العرض ثبت لكل الخيار لان كل واحد منهما مشتر للعرض الذي يحصل له كما في الجوهرة وفي

الله عنه انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين (حضر) أي سواء حضر (المبيع) الغير المرئي (في المجلس) بان يكون زيتا في زق أو برا في جوالق أو درة في حقة أو ثوبا في كم أو جارية متنقبة واتفقا انه موجود في ملكه ولم ير المشتري شيأ منه (أو غاب) المبيع عن المجلس (وأشير الى مكانه الخالي عن سميه) أي ليس في ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غيره (وللمشتري الخيار عندها) أي عند الرؤية ان شاء أخذ وان شاء رد وقال الشافعي اذا لم ير لم يصح العقد لجهالة المبيع ولنا العمومات المجوزة بلا قيد الرؤية فلا يزاد قيد الرؤية عليها لانها كالنسخ وقد روي انه صلى الله عليه وسلم قال من اشترى شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة انما تفسد اذا أفضت الى النزاع كما في شاة من القطيع وأما اذا لم تفض اليه فلا كقفيز من الصبرة والجهالة بعدم الرؤية لا تفضي اليه اذ لو لم يوافقه رده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه بان اشترى ثوبا ولم يعلم عدد ذرعانه (وان رضي قبلها) يعني اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها كذا قالوا أقول فيه بحث أما أولا فلما تقرر في الاصول ان كل ما دخله حرف الشرط لا يجب أن يكون شرطا بمعنى ما يتوقف عليه وجود الشيء حتى يلزم من انتفائه انتفاء المشروط وأما ثانيا فلان هذا استدلال بمفهوم الشرط ونحن لا نقول به فالوجه ان يقال لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص فما يؤدي الى ابطاله كان باطلا (دون البائع) أي ليس له خيار الرؤية لما مر من قضاء جبير بن مطعم (ولا يتوقت) أي ليس له وقت معين لان الحديث ورد بخيار مطلق للمشتري فالتوقيت فيه زيادة على النص فيبقى الى ان يوجد مبطله (ولا يثبت الا في الشراء والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال على شيء معين) لان كلا منها معاوضة (وكفى رؤية ما يعلم به المقصود) فان رؤية جميع المبيع غير لازم لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود فان كان المبيع أشياء فان لم تتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالانموذج اكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون مخيرا وان تفاوتت كالثياب والدواب لزم رؤية كل واحد والجوز واللوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي وقال صاحب الهداية ينبغي أن تكون مثل الحنطة والشعير لكونها

شرح المجمع قال وضع الخلاف في المبيع اذ لا خيار في الثمن الدين اتفاقا وأما الثمن العين ففيه الخيار عندنا لانه بمنزلة المبيع اه (قوله ولا يتوقت) أي ليس له وقت معين على الصحيح فيثبت في جميع العمر وقيل مؤقت بوقت امكان الفسخ اذا رآه كما في شرح المجمع (قوله ولا يثبت الا في الشراء الخ) يشير الى ضابط ذكره في البرهان بقوله ويثبت في كل عين ملكت بعقد يحتمل الفسخ كالشراء فلا يثبت في المسلم فيه ولا في الأثمان الخالصة لثبوت كل في الذمة ولا في المهر وبدل الخلع والصلح عن القصاص لعدم قبولها الفسخ اه قلت وينبغي أن يكون كذلك بدل العتق والكتابة (قوله الا اذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون مخيرا) يعني خيار العيب لما قال في شرح المجمع يثبت له خيار العيب لا خيار الرؤية سواء كان في وعاء واحد أو أوعية مختلفة اه وقال الزيلعي يكون مخيرا في الباقي وفيما رأى كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لانه مع الخيار لا تتم (قوله وان تفاوتت كالثياب والدواب) أي والبطيخ والسفرجل والرمان ونحوه (قوله وقال صاحب الهداية الخ) قد اقتصر عليه صاحب الاختيار بقوله وان كان مكيلا أو موزونا وهو الذي يعرض بالانموذج أو معدودا متقاربا كالجوز والبيض فرؤية بعضه تبطل الخيار في كله لان المقصود معرفة الصفة وقد حصلت وعليه التعارف اه (تنبيه) اذا كان المبيع مغيبا تحت الارض كالجزر والسلجم والبصل والثوم والفجل بعد النبات ان علم وجوده تحت الارض جاز والا فلا فاذا باعه ثم قلع منه انموذجا ورضي به فان كان مما يباع كيلا كالبصل أو وزنا كالثوم والجزر بطل خياره عندهما وعليه الفتوى للحاجة وجريان التعامل به وعند أبي حنيفة لا يبطل وان كان مما يباع عددا كالفجل ونحوه فرؤية بعضه لا تسقط خياره كذا في شرح المختار

(قوله ووجه الرقيق) كذا اذا نظر الى أكثر الوجه فهو كرؤية جميعه ولو نظر من بنى آدم الى جميع الاعضاء من غير الوجه فخياره
باق كذا في الجوهرة (قوله ووجه الدابة وكفلها) المراد بالدابة الفرس والحمار والبغل كذا في الجوهرة فينظر حكم نحو البعير
والبقر (قوله وشرط بعضهم رؤية القوائم) أى مع الوجه والكفل (قوله والاول هو المروى عن أبي يوسف) قال في شرح المجمع هو
الصحيح كذا في المحيط اه (قوله وذوق ما يطعم كذا شم ما يشم) وفي دفوف الغازى لابد من سماع صوتها لان العلم بالشئ يقع باستعمال
آلة ادراكه ولا يسقط خياره حتى يدركه كما في التبيين (قوله بل يجب رؤية جميع بيوتها) هو قول زفر وهو الصحيح وعليه الفتوى
كما في الجوهرة وعلى هذا اذا اشترى بستانا فالاصح انه لا يكتفى بالنظر الى خارجه كما في شرح المجمع (قوله وكفى

نظر وكيله بالقبض) قال في شرح المجمع
قيد بالوكيل بالقبض لانه لو وكل رجلا
بالرؤية لا تكون رؤيته كرؤية الموكل
اتفاقا كذا في الخانية اه (قوله لا نظر
رسوله) أى سواء كان الرسول بالقبض
أو بالشراء كما في التبيين (قوله وما رأيته)
الواو فيه للحال أى والحال انى ما رأيته
وكان الاولى حذف هذه الجملة الحالية
(قوله وصورة الرسالة أن يقول كن
رسولا عنى بقبضه) كذا لو قال أمرتك
بقبضه كذا في التبيين فلا يختص صورة
الارسال بما قاله المصنف (قوله وأما اذا
قبضه ناظرا اليه الخ) لفظة وأما زائدة
ينبغى حذفها وتكون العبارة هكذا ورؤية
الوكيل الثاني تسقط عند أبي حنيفة اذا
قبضه ناظرا اليه الخ يعنى ورضى به كما في
الجوهرة وهذا أحد نوعى القبض وهو
القبض التام والقبض الناقص هو ما قاله
المصنف وأما اذا قبضه مستورا ينتهى
التوكيل بالقبض فلا يملك اسقاطه قصدا
لصيرورته أجنبيا وخيار الموكل على حاله
بعد انتهاء الوكالة وهذا لانه ملك القبض
والقبض يتضمن السقوط لكونه كاملا ضرورة فاذا انفصل السقوط عن القبض بأن كان بعده قصدا أو قبله بالرؤية
لا يملكه الوكيل كما في التبيين (قوله وان أرسل رسولا بقبضه بعد ما رآه الخ) في العبارة تساهل ظاهر وحق العبارة أن يقال وان
أرسل رسولا فقبضه ناظرا اليه فللمشترى أن يرده اه لان ضمير رآه لا يصح أن يرجع للمرسل لانه اذا نظر ورضى قبل قبض الرسول
كيف يثبت له الخيار بعده أو الى رسوله لان الرسول لا عبرة بنظره سواء كان قبل القبض أو معه أو بعده بخلاف الوكيل حيث تعتبر
رؤيته التى مع القبض دون التى قبله وبعده (قوله وقالا الوكيل بالقبض والرسول سواء في أن قبضهما بعد الرؤية لا يسقط خيار
المشترى) فيه نظر لانه لا خلاف في هذه الحالة وما الخلاف الا في نظر الوكيل بالقبض حالة قبضه لا في نظره السابق على قبضه ولا
المتأخر عنه كما في التبيين

متقاربة اذا تقرر هذا فنقول ما يعلم به المقصود (كوجه الصبرة) لانه به يعرف حال
البقية وان وجدت أردأ منه خير (و) وجه (الرقيق) لان الوجه هو المقصود في
الآدمى (و) وجه (الدابة وكفلها) لانهما المقصودان في الدابة وشرط بعضهم رؤية
القوائم والاول هو المروى عن أبي يوسف (وكضرع شاة القنية) عطف على كوجه
فانه أيضا مما يعلم به المقصود فتكفى رؤيته (وظاهر ثوب مطوى غير معلم) لان به
أيضا تعرف البقية (و) أما اذا كان في باطنه ما يكون مقصودا كموضع العلم فلابد من
رؤية (موضع علمه معلما) قوله (وجس) عطف على رؤية أى كفى جس (شاة
اللحم) لان المقصود وهو اللحم يعرف به (وذوق ما يطعم) لانه المعرف للمقصود (لا) أى
لا يكفى (خارج الدار أو صحنها) بل يجب رؤية جميع بيوتها وما روى من عدم الخيار
لمن رأى صحن الدار أو خارجها فانما هو على عادة القدماء في الابنية فان دورهم
يومئذ لم تكن متفاوتة فالنظر الى الظاهر كان يوقع العلم بالداخل فاما اليوم فليس
الامر كذلك (أو) رؤية (الدهن في الزجاج) فانها لا تكون رؤية للدهن حقيقة
لوجود الحائل (وكفى نظر وكيله بالقبض كوكيله بالشراء لا) نظر (رسوله) اعلم
ان ههنا وكيلا بالشراء ووكيلا بالقبض ورسولا صورة التوكيل بالشراء أن يقول
الموكل كن وكيلا عنى بشراء كذا وصورة التوكيل بالقبض أن يقول كن وكيلا
عنى بقبض ما اشتريته وما رأيته وصورة الرسالة أن يقول كن رسولا عنى بقبضه
فرؤية الوكيل الاول تسقط الخيار بالاجماع ورؤية الوكيل الثاني تسقط عند أبي
حنيفة اذا قبضه ناظرا اليه فحينئذ ليس له ولا للموكل أن يرده الا من عيب وأما اذا
قبضه مستورا ثم رآه فأسقط الخيار فانه لا يسقط لانه اذا قبضه مستورا ينتهى
التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك اسقاطه قصدا لصيرورته أجنبيا وان أرسل
رسولا بقبضه فقبضه بعد ما رآه فللمشترى أن يرده وقالا الوكيل بالقبض والرسول
سواء في أن قبضهما بعد الرؤية لا يسقط خيار المشترى (صح عقد الاعمى) أى

بيعه

بيعه وشراؤه (وسقط خياره) اذا اشترى (بجسه) فيما يدرك بالجس (وشمه) فيما يدرك بالشم (وذوقه) فيما يدرك بالذوق (ووصف العقار) ولا عبرة لوقوفه فى مكان لو كان بصيرا لرآه كما روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى (ونظره كيله) لانه كنظره (رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فوجده معيبا فله ردهما لا غير) أى لا رد المعيب وحده لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل تمامها فانها لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده (شرى ما رأى) أى ما رآه قبل الشراء (ان تغير خير) لانه اشترى ما لم يره اذ بالتغير صار شيأ آخر (والا) أى وان لم يتغير (فلا) أى لا خيار له لانه اشترى شيأ رآه الا اذا لم يعرف انه الذى رآه قبل العقد لانه لم يرض به (وان اختلفا فى التغير) فقال المشترى قد تغير وقال البائع لم يتغير (فالقول للبائع) مع يمينه وعلى المشترى البينة لان سبب لزوم العقد وهو الرؤية السابقة ظاهر والتغير حادث والقول لمن يتمسك بالظاهر هذا اذا كانت المدة قريبة يعلم انه لا يتغير فى مثل تلك المدة فان بعدت بان رأى أمة شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير فالقول للمشترى لان الظاهر شاهد له (أو) اختلفا فى (الرؤية فللمشترى) أى القول له مع يمينه لانه ينكر أمرا حادثا وهو الرؤية (شرى عدل ثوب وقبض فباع ثوبا منه أو وهب وسلم لم يرده) أى العدل (بخيار رؤية أو شرط بل بعيب) لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفى رد ما بقى تفريق الصفقة قبل تمامها لان الخيارين يمنعان تمامها كما مر وأما خيار العيب فلا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع المسئلة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه فان عاد الثوب الذى باعه المشترى اليه بسبب هو فسخ بان رد المشترى الثانى اليه بالعيب بالقضاء أو رجع الاول فى الهبة فهو على خياره فجاز ان يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو لزوم تفريق الصفقة وعن أبى يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى (ويبطله) أى خيار الرؤية (مبطل خيار الشرط) وقد

(قوله وسقط خياره بجسه الخ) محمول على ما اذا وجد منه الجس ونحوه قبل الشراء وأما اذا اشترى قبل أن يوجد منه ذلك لا يسقط خياره بوجوده بل يثبت باتفاق الروايات ويمتد الى أن يوجد منه ما يدل على الرضا من قول أو فعل فى الصحيح كذا فى التبيين (قوله فيما يدرك بالجس) يعنى ولا يحتاج لغير الجس فان احتيج اليه لا بد منه كأن اشترى ثوبا فلا بد من صفة طوله وعرضه ورقته مع الجس وفى الحنطة لا بد من اللمس والصفة كذا فى الجوهرة (قوله فوجده معيبا) تقييد لاطلاق المتن وهو صحيح وقد وضع المسئلة فى الكنز وغيره مطلقة عن وجدان العيب وهو الانسب لان الباب لخيار الرؤية وان كان حكم وجود العيب عالم يقتضيه حكم ما لم يره من حقيقة التخيير بين رد الثوبين أو قبولهما معا وليس له امساك ما رآه ورد ما ليس به عيب دون الآخر (قوله لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل تمامها) أى لان العقد غير تام قبل قبض الآخر اذ لا يفيد ملك التصرف بخلاف ما بعد القبض لان الرضا بالعقد على تقدير السلامة وهى ثابتة ظاهرا فتم العقد وأفاد ملك التصرف وجاز رد المعيب وحده (قوله فانها لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) وكذا مع خيار الشرط وهذا تفريع على مقدر وهو ما ذكرناه من التعليل وانما استوى القبض وعدمه فى عدم التمام مع خيار الرؤية لخلل فى الرضا بالعقد وهو الصفقة كما لا تتم بالايجاب وحده لعدم رضا الآخر بالصفقة (قوله فان بعدت بان رأى أمة شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة الخ) ليس المراد حصر البعد بهذا لانه يختلف باختلاف الاشياء كتغير الاشجار فى سنة والدواب بما دونها القبلة الرعى ونحوه ولذا اقتصر الزيلعى على قوله الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهد له ألا ترى ان الجارية الشابة تكون عجوزا بطول المدة اه وقال فى الهداية الا ان بعدت المدة على ما قالوا ولم يزد على هذا فقيل البعيد الشهر فما فوقه والقريب دون الشهر كذا فى الجوهرة اه وقال الكمال ان كان لا يتفاوت فى تلك المدة غالبا فالقول للبائع وان كان التفاوت غالبا فالقول للمشترى مثاله لو رأى أمة أو مملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول للبائع لان الشهر فى مثله قليل اه (قوله شرى عدل ثوب) لعله أثواب أو ثياب أو بز كما هى فى عبارة الجوهرة اه والعدل المثل والمراد هنا الغرارة التى هى عدل غرارة أخرى على الجمل أو نحوه أى تعادلها وفيها أثواب كذا فى الفتح (قوله لان الخيارين يمنعان تمامها كما مر) الذى مر خيار الرؤية لا غير وذكرت أن خيار الشرط مثله (قوله بان رد المشترى الثانى اليه بعيب بالقضاء أو رجع الاول فى الهبة) لا حصر فى هاتين الصورتين لان الرد بخيار الرؤية والشرط كذلك لانه فسخ محض وانما قيد الرد بعيب بالقضاء ليكون فسخا احترازا عما لو كان بغير قضاء فانه اقالة وهى ليست فسخا محضا لكونها بيعا فى حق الشفيع (قوله فجاز أن يرد الكل بخيار الرؤية لانتفاء المانع من الاصل) كذا ذكره شمس الائمة السرخسى وقوله وعن أبى يوسف الخ رواية على بن الجعد عنه وصححه قاضيخان وحقيقة اللفظ مختلف فشمس الائمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضى وهو خيار الرؤية عمله ولحظ على

هذه الروايات مسقطا واذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها والله الموفق كذا بفتح القدير (قوله ولا يبطله مالا يوجب حق الغير الخ) صوابه ويبطله بصيغة الاثبات ولا النافية زائدة يختل بها الحكم لانه انما يكون مالا يوجب حق الغير مبطلا اذا كان بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا بعد العلم وأما اذا كان قبل الرؤية فلا يبطل لانه لا يفوت صريح الرضا وهو لا يبطل كذا في التبيين (قوله كالبيع بالخيار) يعني للبائع ولو كان البيع بشرط الخيار للمشتري فهو كالمطلق يسقط به الخيار قبل الرؤية (تنبيه) لا يفتقر الى التصرف المبطل لخيار الرؤية من قول أو فعل الا اذا لم يقبض المبيع وأما اذا قبضه بعد الرؤية فقد بطل خياره لانه يدل على الرضا ولانه مؤكد لحكم العقد فشابه البيع في اسقاط الخيار كما في التبيين

(باب خيار العيب) من اضافة الشئ الى سببه والعيب هو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا كما في الفتح والفطرة الخلقة التي هي أساس الاصل الامري انه لو قال بعتك هذه الحنطة واشار اليها فوجدها المشتري رديئة لم يكن عليها ليس له خيار الرد بالعيب لان الحنطة تخلق جيدة ورديئة ووسطا والعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة عن الآفات العارضة لها فالحنطة المصابة بهواء منعها ١٦٠ تمام بلوغها الادراك حتى صارت رقيقة الحب معيبة كالعفن والبلل والسوس

(قوله وجد بمشتراه الخ) يعني ولم يتمكن من ازالة العيب بلا مشقة فان تمكن فلا كاحرام الجارية فانه يتمكن من تحليلها ونجاسة الثوب وينبغي حمله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينقص كذا في الفتح (قوله ولم يره المشتري حين البيع ولا عند القبض لانه رضا) كذا في الجوهرة وهو يقتضي ان مجرد الرؤية رضا ويخالفه قول الزيلعي ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب اه وكذا ما قاله في شرح المجمع ولم يرض به بعد رؤيته (قوله الا اذا كانت مقصودة بالتناول) أي بالاتلاف بأن حدث العيب بفعل البائع بعد البيع قبل القبض حيث يسقط من الثمن بحصته اذا اختار المشتري الاخذ كما في التبيين (قوله كالاباق ولو الى ما دون مدة السفر) قال في الذخيرة الاباق فيما دون السفر عيب بلا خلاف وهل يشترط الخروج من البلد فيه اختلاف المشايخ كذا في الجوهرة وقال الزيلعي وان لم يخرج من البلد اختلفوا فيه والاشبه أن يقال ان كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا وان كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه أهلها وبيوتها لا يكون عيبا اه (قوله والسرقة) يعني سرقة غير نحو الفلس والفلسين لان ذلك لا يكون عيبا كما في التبيين ولا يختلف بين أن تكون من المولى أو غيره الا في المأكولات فان سرقتها لاجل الاكل من المولى ليس عيبا ومن غيره عيب وسرقتها للبيع من المولى وغيره عيب كما في الفتح (قوله وعاد في يد المشتري) شرط معاودة الجنون للرد به هو الصحيح وذهب طائفة من المشايخ الى أنه لا يشترط المعاودة للجنون في يد المشتري وهذا غلط بخلاف ما اذا ولدت الجارية عند البائع لا من البائع أو عند آخر فانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد ثانيا عند المشتري لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى كذا في الفتح وقوله ان لم تلد ليس المراد ما يوهم الرد بعد ولادتها عند المشتري لامتناعه بتعيبها عنده بالولادة ثانيا مع العيب السابق بها (قوله لفساد في الباطن) أي باطن الدماغ وفي المحيط تكلموا في مقدار الجنون قيل هو عيب وان كان ساعة وقيل ان كان أكثر من يوم وليلة فهو عيب ويوم وليلة فما دونه ليس بعيب وقيل المطبق عيب

مذكره (مطلقا) أي سواء كان قبل الرؤية أو بعدها (و) يبطله (مالا يوجب حق الغير) كالبيع بالخيار والمساومة والهبة بلا تسليم (بعد الرؤية) لا قبلها الا ان هذه التصرفات لا تزيد على صريح الرضا وهو انما يبطله بعد الرؤية واما التصرفات الاول فهي أقوى لان بعضها لا يقبل الفسخ وبعضها أوجب حق الغير فلا يمكن ابطاله (كذا طلب الشفعة بما لم يره) أي يبطله بعد الرؤية لا قبلها

(باب خيار العيب)

(مشتر وجد بمشتراه ما ينقص ثمنه عند التجار) وهو العيب المعتبر شرعا والمراد به عيب كان عند البائع ولم يره المشتري حين البيع ولا عند القبض لانه رضا (أخذه بكل الثمن أورده) لان مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع فاذا فاتت خير لئلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به (لا غير) أي لا امساكه وأخذ نقصانه لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن الا اذا كان مقصودا بالتناول كما مر وسيأتي (كالاباق ولو الى ما دون مدة السفر (والبول في الفراش والسرقة وكلها تختلف بالصغر والكبر) فان شيئا من هذه الاشياء اذا وجد من صغير غير مميز لا يكون عيبا وان كان مميزا فيكون عيبا ويزول بالبلوغ فان عاوده بعد البلوغ كان عيبا حادثا فيكونان مختلفين لاختلاف سببهما فاذا حصل عند البائع في الصغر وعند المشتري في الكبر لا يرده المشتري على البائع بناء على انه عيب قديم (وكالجنون وهو لا يختلف بهما) أي بالصغر والكبر يعني اذا حصل في يد البائع في الصغر وعاد في يد المشتري في الكبر يكون عيبا واحدا يرده على البائع لانه لفساد في الباطن لان

ومالیس بمطبق لیس بعیب كذا فی الفتح وقال الزیلعی ومقداره أن یكون أكثر من یوم ولیلة ومادونه لایكون عیبا وقال بعضهم المطبق عیب ومادونه لایكون عیبا اه وقال فی المواهب وقدر أی الجنون بأكثر من یوم ولیلة وقیل بساعة اه (قوله وهو لایختلف باختلاف السبب) صوابه باختلاف السن (قوله والبخر نتن رائحة الفم) قال الكمال والبخر الذی هو العیب هو الناشئ من تغیر المعدة دون ما یكون لقلح فی الاسنان فان ذلك یزول بتنظیفها (قوله والذفر بالذال المعجمة) قال الكمال الذفر نتن ریح الابط یقال رجل أذفر وامرأة ذفراء ومنه السب یقال یاذفار معدول عن ذافرة ویقال شممت دفر الشئ ودفره بسكون الفاء وفتحها كل ذلك بالدال مهملة وأما باعجام الذال فبفتح الفاء لاغیر وهو حدة من طیب أونتن وربما خص به الطیب فقیل مسك أذفر ذكره فی الجوهرة وفیها وصفت امرأة من العرب شیخا فقالت ذهب دفره وأقبل ١٦١ بخره قیل الروایة هنا بالدال وغیر المعجمة اه (قوله ویكون الزنا عادة له) أی بأن زنی أكثر من اثنتین كذا فسر العادة فی الجوهرة (قوله ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لایرده) أی ولو كان المشتری كافرا ذكره فی المنبع شرح المجمع والسراج الوهاج كذا بخط العلامة الشیخ علی المقدسی رحمه الله (قوله لانه زوال العیب) كذا قاله الزیلعی ونص الكمال زائل العیب اه (قوله والسعال القدیم لانه مرض) أی فی الباطن (قوله والدین لان مالیته تكون مشغولة بحق الغرماء) قال الزیلعی ویتقدم الغرماء على المولی اه وفیه اشارة الى تخصیصه بالدین الذی یؤخذ به قبل عتقه وقال الكمال والدین عیب فی كل من الجاریة والغلام وعند الشافعی تفصیل حسن فی الدین وهو انه ان كان دینا یتأخر الى ما بعد العتق فلا خیار له برده كدین معاملة بأن اشترى شیأ بغیر اذن المولی وان كان فی رقبته بأن جنى فی ید البائع ولم یفده حتى باعه فله رده الآن قال وبعد العتق قد یضره فی نقصان ولائه ومیراثه اه فهو یفید ان الدین عیب ولو یؤاخذ به بعد عتقه عندنا (قوله وارتفاع حیض بنت سبع عشرة) احترز به عما دونها وعن الآیسة فان انقطاعه لیس عیبا حینئذ فحقیقة العیب بالداء ولذا قال بعضهم اذا أراد الرد بعیب الانقطاع فلایدعی الانقطاع بل ینبغی أن یدعی بأحد السببین من الحبل أو الداء حتى تسمع دعواه والمرجع فی الحبل الى قول النساء وفی الداء قول الاطباء وتمامه بفتح القدیر (قوله والاستحاضة) قال الكمال وتقبل الشهادة علیها لامكان الاطلاع والانقطاع الذی یعد عیبا لایمكن الاطلاع علیه اه (قوله وفی البدائع الاستحاضة مما لایطلع علیه الا الجاریة المشتراة كالانقطاع) كذا نقله المقدسی عنها (قوله بأن یقوم وبه عیب) یعنی العیب القدیم خاصة وكانه لیس به غیره ثم یقوم سالما عن كل عیب فیرجع بالتفاوت (قوله أورده على البائع برضا البائع) یعنی فیما یملك اسقاط حقه منه وتملكه وأما اذا امتنع أخذه لحق الشرع بأن كان المبیع عصیرا فتخمر عند المشتری ثم اطلع على عیب فأراد المالك أخذه لایمكن منه لما فیه من تملیك الخمر وتملكها كما فی الفتح

العقل معدنه القلب وشعاعه فی الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع وهو لایختلف باختلاف السبب (وكالبخر) نتن رائحة الفم (والذفر) بالذال المعجمة وتحریك الفاء نتن رائحة الابط (والزنا والتولد منه) أی من الزنا (فیها) أی فی الامة متعلق بالعیوب الاربعة یعنی انها عیب فیها لان المقصود قد یكون الاستفراش وهی مخلة بها دون الغلام فانها لیست بعیب فیه اذ المقصود منه الاستخدام وهی لاتخل به (الا أن یفحش الاولان فیه) بحیث لایكون فی الناس مثله الا نادرا فانه یكون لداء فی البدن وهو ینقص الثمن (ویكون الزنا عادة له) لان اعتیاده مخل بالخدمة (والكفر) أی وكالكفر (فیهما) لان طبع المسلم ینفر عن صحبته ولانه یمنع صرفه فی بعض الكفارات فیختل الرغبة فیه ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لایرده لانه زوال العیب (والسعال القدیم) لانه مرض ینقص الثمن (والدین) لان مالیته تكون مشغولة بحق الغرماء (والشعر والماء فی العین) لانهما یضعفان البصر (وارتفاع حیض بنت سبع عشرة والاستحاضة) لان كلا منهما لداء فی الباطن (فلو حدث) متعلق بقوله مشتر وجد بمشتراه الخ أی بعد ما ظهر العیب القدیم لو حدث عیب (آخر عند المشتری رجع) أی المشتری (بنقصانه) أی نقصان العیب بأن یقوم وبه عیب ویقوم ولاعیب به فان كان تفاوت ما بین القیمتین العشر رجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن (أورده) على البائع (برضا البائع الا المانع) من رد المشتری وأخذ البائع (كثوب شراه فقطعه فظهر عیبه و) جاز (لبائعه أخذه كذلك) أی مقطوعا (فلا یرجع مشتریه ان باعه) اذ للبائع أن یقول انا آخذه معیبا فالمشتری ببیعه یكون حابسا المبیع فلا یرجع بالنقصان (وامة وطئها) عطف على كثوب شراه أی كامة شراها ولم یتبرأ من عیوبها فوطئها (بكرا) كانت (أو ثیبا أو قبلها بشهوة أو لمسها) أی بشهوة (فوجد بها عیبا) حیث یرجع بالنقصان ولا یردها الا برضا البائع اذ له

ان يقول انا آخذها مع ذلك العيب اذ ليس ههنا مانع من الاخذ كما كان فيما سيأتي ثم بين المانع من الرد برضا البائع بقوله (فان خاط) أي المشتري (المقطوع) أو صبغه بغير سواد قيد به لتكون الزيادة في المبيع اتفاقيا فانه لو صبغه أسود فكذا الجواب عندهما فان السواد عندهما زيادة كالحمرة والصفرة وعنده السواد نقصان (أولت السويق بسمن) وبالجملة تخالط المشتري ملكه بملك البائع (فظهر عيبه) القديم (لا يأخذه) اى البائع (ويرجع به) أي يرجع المشتري بنقصان العيب ولا يقول البائع انا آخذه معيبا الاختلاط ملك المشتري بالمبيع وهو الخيط والصبغ والسمن وفي العمادية ان الرد ممتنع من جهة الشريعة لان المشتري يرده والبائع يقبله الا ان الشريعة تمنعه عن الرد والفسخ لحصول الربا (كما لو باعه) أي المشتري الثوب المخيط ونحوه (بعد رؤية عيبه أو مات العبد أو اعتقه قبلها) اى قبل رؤية عيبه (مجانا أو دبره أو استولدها) فانه يرجع بالنقصان في هذه الصور اما في البيع بعد الرؤية فلان الرد كان ممتنعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا للمبيع حتى لو كان البيع قبل الخياطة كان حابسا واما في الموت فلان الملك ينتهي به وامتناع الرد يثبت حكما للموت لا بفعله فلا يمتنع الرجوع واما في الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع بالنقصان وهو قول الشافعي لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان الاعتاق انهاء للملك أي اتمام له بخلاف البيع قبل الخياطة فانه قاطع للملك البائع الى غيره لا منه للملك في العبد ولهذا ملكه المشتري فصار البائع كالمستبقي لملكه فلم يرجع بالنقصان وانما قلنا ان الاعتاق انهاء للملك لان الملك في الآدمي ثبت على منافاة الدليل الى غاية العتق والشيء ينتهي بمضي مدته والمنتهي متقرر في نفسه ولهذا يثبت الولاء بالعتق وهو من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك فالاعتاق لا يكون كالقتل بل كالموت واما في التدبير والاستيلاد فانهما لا يزيلان الملك ولكن المحل بهما يخرج من أن يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة أو حكما فيرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بوصف السلامة كما لو تعيب عنده (وان اعتق على مال أو كاتب أو قتل أو اكل كل الطعام أو بعضه أو لبس الثوب فتخرق لم يرجع) أما في الاعتاق على مال فلانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض وأما الكتابة فلانها كالاعتاق على مال لحصول العوض فيها وان عجز المكاتب ينبغي أن يرده بالعيب لزوال المانع وهذا كما قالوا اذا أبق العبد المبيع ثم ظهر عيبه لا يرجع بالنقصان لان الرجوع خلف عن الرد فلا يصار الى الخلف ما دام حيا لان رجوعه محتمل فيمكن رده فاذا رجع رده لزوال المانع وأما في القتل وما بعده فالاصل فيه ان امتناع الرد اذا كان بفعل مضمون من المشتري لا يرجع بشيء لانه اذا كان مضمونا كان ممسكا للمبيع معنى ومن شرط الرجوع بالنقصان أن لا يكون ممسكا له واذا امتنع الرد لا بفعل منه بان هلك أو بفعل غير مضمون منه يرجع لانتفاء امساكه ثم القتل فعل مضمون اذ لو باشره في ملك الغير يضمن وانما برئ عن الضمان هنا لملكه فيه فيجعل سقوط

(قوله الا أن الشريعة تمنعه عن الرد والفسخ لحصول الربا) أي بالزيادة التي لا تنفك عن المبيع ولا عبرة برضا المشتري بتركها لان الامتناع لم يتمحض لحقه بل لحقه وحق الشرع (قوله فلا يكون المشتري بالرد حابسا للمبيع) لعل صوابه بالبيع حابسا يوضحه قوله بعده حتى لو كان البيع قبل الخياطة كان حابسا اه

(تنبيه) هذا في الزيادة المتصلة التي لم تتولد من المبيع كالصبغ والخياطة واللت بالسمن والغرس والبناء وطحن الحنطة وشي اللحم وخبز الدقيق فيرجع بالنقصان لو باعه بعد ذلك لامتناع الرد قبله لحق الشرع فلا يعتبر رضاهما واذا كانت الزيادة متولدة منه متصلة به كالسمن والجمال وانجلاء بياض العين لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية ويصير بالبيع بعدها حابسا للمبيع والزيادة المنفصلة متولدة منه وغير متولدة فالمتولدة منه كالولد واللبن والثمر والارش والعقر تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها فيخير المشتري ان كان قبل القبض بين ردهما جميعا والرضا بهما بكل الثمن وأما بعد القبض فيرد المبيع خاصة بحصته من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض فاذا كانت قيمته ألفا وقيمة الزيادة مائة والثمن ألف سقط عشر الثمن ان رده واخذ تسعمائة وأما غير المتولدة من المبيع كالكسب فهي لا تمنع الرد بحال بل يفسخ العقد من الاصل دون الزيادة ويسلم له الكسب الذي هو الزيادة كما في الفتح والتبيين (قوله ومن شرط الرجوع بالنقصان أن لا يكون ممسكا له) يشير الى ما قاله الكمال ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان التمليك من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للغرض المذكور قبل الخياطة مسلما اليه وهو نائبه في التسليم فصار به حابسا للمبيع مع امكان الرد والخياطة بعد ذلك كعدمها ولا يرجع بالنقصان اه

الضمان عنه بسبب الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا واما الاكل واللبس فعلى الخلاف لا يرجع عند أبي حنيفة وعندهما يرجع لانه صنع في المبيع ما يعتاد فعله فيه ويشترى لاجله فلا يمنع من الرجوع كالاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فلا يرجع كالاحراق والقتل (شرى نحو بيض وبطيخ فكسره ووجده فاسدا ينتفع به) في الجملة ولو بالنظر الى الدواب (فله نقصانه) اى لا يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بالنقصان دفعا للضرر بقدر الامكان (والا) أى وان لم ينتفع به اصلا (فبكل الثمن) أى فللمشترى كل الثمن لانه ليس بمال فالبيع باطل ولا يعتبر في الجوزة لاجل قشره كما قيل لان ماليته باعتبار اللب (باع مشريه ورد عليه بعيب بقضاء) متعلق بقوله رد بعد ما تعلق به قوله بعيب (رد على بائعه) يعنى باع عبدا فباعه المشترى ثم رد عليه بعيب فاما ان يقبل بقضاء القاضى أولا فان كان الاول فاما ان يكون باقرار بمعنى ان المشترى الثانى ادعى على البائع الثانى اقراره بالعيب والبائع أنكره فأثبته المشترى الثانى بالبينة وانما احتيج الى هذا التأويل لانه اذا أقر باقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب فلا يكون له ان يرده على بائعه لانه اقالة واما ان يكون ببينة أو بنكول وفى كل منهما له أن يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثانى كالمعدوم والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب غاية الامر انه أنكر قيام العيب فلزم التناقض لكنه صار مكذبا شرعا بقضاء القاضى فارتفع التناقض وصار كمن اشترى شيأ واقر ان البائع باع ملك نفسه ثم ظهر المستحق لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن وان كان الثانى (و) هو أن يكون الرد (برضا) من المشترى (لا) أى ليس له الرد على بائعه لانه اقالة وهى بيع جديد في حق ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشترى الثانى على الاول بعد القبض أما اذا رد قبله فلا فرق بينهما سواء كان الرد بقضاء أو بغيره لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الرؤية أو بخيار الشرط ثم اذا رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة ليس له أن يخاصم البائع الاول هو الصحيح (قبض مشريه وادعى عيبا لم يجبر) المشترى بعد دعوى العيب (على دفع ثمنه) اذ لو دفعه فلعل العيب يظهر فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا لقضائه عن الانتقاض

(قوله وأما الاكل واللبس فعلى الخلاف الخ) قال في المواهب وكذا تخرق الثوب من اللبس وأكل الطعام أى مانع من الرجوع بالنقصان عند الامام وأجازاه وبه يفتى وأكل بعضه مانع من الرد والرجوع وقالا يرجع بنقص الكل وعنهما انه يرجع بنقص المأكول ويرد الباقى اهـ وقال الكمال وفى المجتبى عن جمع البخارى أكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقى وبه يفتى اهـ (قوله ولانه تعذر الرد بفعل مضمون الخ) لعل صوابه وله انه تعذر الخ أى لابى حنيفة فيناسب قوله فلا يرجع كالاحراق والقتل واما اذا كان على ظاهر العبارة كان تعليلا ثانيا لقولهما ولا يخفى ما فيه من المناقضة للحكم بالرجوع ثم بعدمه فلا بد من حمله على ما ذكرناه (قوله شرى نحو بيض وبطيخ ووجده فاسدا) لم يتعرض لوجدان بعضه وقال الكمال لو وجد البعض فاسدا فان كان قليلا جاز البيع استحسانا كقليل التراب في الحنطة والشعير فلا يرجع بشئ أصلا وان كان كثيرا لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن وقال المصنف أى صاحب الهداية في القليل انه كالواحدة والمثنى وفى النهاية أراد بالكثير ما وراء الثلاثة لا ما زاد على النصف وجعل الفقيه أبو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز عفوا ولو وجد نصف الجوز خاويا صح في النصف الذى به اللب بنصف الثمن وهو الاصح اهـ (قوله باع مشتراه ورد عليه بعيب بقضاء رد على بائعه) شامل لما اذا أقر بالعيب وامتنع من القبول فرده عليه القاضى جبرا كما اذا أنكر العيب فاثبته بالبينة أو النكول عن اليمين أو بالبينة على اقرار البائع بالعيب مع انكاره الاقرار به فانه يرده على بائعه في الصور الاربع لكون القضاء فسخا فيها (قوله لانه اذا أقر باقراره لا يكون محتاجا الى القضاء بل يرده عليه باقراره بالعيب فلا يكون له أن يرده على بائعه) أقول يتعين حمله على ما اذا أقر ولم يمتنع من الرد بالعيب الذى أقر به لانه اذا امتنع من الرد مع اقراره بالعيب فرده القاضى جبرا كان فسخا فيرده على بائعه لا اقالة يمتنع الرد كما في التبيين (قوله غاية الامر انه أنكر قيام العيب فلزم التناقض) أى بثبوت ما أنكره بالبينة أو النكول (تنبيه) لو قال البائع الثانى بعد الرد بالقضاء ليس به عيب لا يرده على البائع الاول بالاتفاق كما في الفتح (قوله أما اذا رد قبله فلا فرق بينهما) أى بين قبوله فللبائع الثانى الرد على بائعه وقد أوضحه بقوله سواء كان الخ ولكنه ليس على عمومه في جميع الاشياء بل في غير العقار أما في العقار فالاظهر انه بيع جديد في حق البائع الاول لان العقار يجوز بيعه قبل القبض فليس له رده على بائعه لانه اشتراه بعد ما باعه كما في التبيين (قوله لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل) أى لان بيع المبيع قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا في حق غيرهما فجعل فسخا في غير العقار اما فيه فالاظهر انه بيع جديد كما ذكرناه عن الزيلعي

(قوله بل يبرهن على ثبوت العيب) كيفية اثباته أن يقيم البينة أولا على وجدان العيب عنده أى المشترى ثم يحتاج الى اقامة البينة على انه كان عند البائع (قوله أو يحلف) صورة التحليف أن يحلف البائع ان هذا العيب لم يكن فيه عنده وذلك بعد اقامة المشترى البينة أنه وجد فيه عنده أى المشترى واذا لم يقم بينة على ثبوته عنده ليس له تحليف البائع فى الاصح لان التحليف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب عنده كما فى التبيين وسيذكره المصنف فى مسئلة اباق العبد (قوله وان غاب شهوده دفعه ان حلف بائعه) يعنى وقد أقام البينة على ثبوت العيب عنده أى المشترى كما ذكرناه وغاب شهود قيامه عند البائع فيحلف (قوله لانه حجة فى الزام العيب) قيد بالزام العيب لان النكول ليس حجة فى الحدود

(بل يبرهن) على ثبوت العيب فيرد المبيع ان أمكن والا يرجع بالنقصان كما مر (أو يحلف) أى المشترى البائع على عدم العيب ان لم يكن له شاهد ويدفع الثمن (وان كان) له شاهد لكن (غاب شهوده دفعه) أيضا الثمن (ان حلف بائعه) لان فى الانتظار ضرارا بالبائع وليس فى الدفع كثير ضرر بالمشترى لانه متى أقام البينة رد عليه المبيع وأخذ ثمنه (ولزم عيبه ان نكل) لانه حجة فى الزام العيب قد وقعت العبارة فى الهداية هكذا: ان اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى بينة وقد تكلفوا فى توجيهها ما تكلفوا والحق انها من قبيل اللف والنشر التقديرى تقديره لم يجبر المشترى على دفع الثمن ولا يكون للمشترى حق الرد على البائع حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى بينة وهذه فائدة أفادها صاحب كشف الكشاف فى تحقيق قوله تعالى يوم يأتى بعض آيات ربك لا ينفع نفسا ايمانها لم تكن آمنت من قبل أو كسبت فى ايمانها خيرا انه من قبيل اللف والنشر التقديرى والمعنى لا ينفع نفسا ايمانها ولا عملها لم تكن آمنت من قبل أو كسبت فى ايمانها خيرا (ادعى اباقا) يعنى اشترى عبدا فادعى أنه أبق وأراد تحليف البائع على أنه لم يأبق (عنده) أى المدعى عليه (لم يحلف البائع) حتى يثبت المدعى (انه أبق عنده) أى عند نفسه لان القول وان كان قول البائع لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به فى يد المشترى ومعرفته تكون بالبينة (ثم) اذا أثبته (حلف) أى البائع على البتات مع انه فعل الغير قال شمس الائمة الحلوانى التحليف على فعل الغير يكون على العلم مطردا فى جميع المسائل الا فى دعوى الاباق حيث يحلف على البتات لان البائع يدعى تسليم المبيع سليما فالاستحلاف يرجع الى ما ضمن بنفسه ويقال فى التحليف (بالله ما أبق قط أو ماله حق الرد عليك من دعواه هذه أو لقد سلمته وما به هذا العيب لا) بالله (ما أبق عندك قط) فان هذه العبارة وان وقعت فى الكتب لكن قال المتأخرون فيه ترك النظر للمشترى لانه يحتمل انه باعه وقد كان أبق عند غيره وبه يرد عليه وفيه ذهول عنه (ولا) بالله (لقد باعه وما به هذا العيب) لان فيه ترك النظر للمشترى أيضا لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد (ولا) بالله (لقد باعه وسلمه وما به هذا

والقصاص بالاجماع ولا فى الاشياء الستة عند أبى حنيفة كما فى الفتح (قوله والحق انه من قبيل اللف والنشر التقديرى الخ) قال شيخ أستاذى العلامة على المقدسى رحمه الله تعالى بعد نقله كلام المصنف رحمه الله تعالى وأقول على أن يكون أو فيه مثلها فى قوله كسرت كعوبها أو تستقيما وهى متعلقة بما يليها لا بأول الكلام فتأمل اه (قوله يعنى اشترى عبدا فادعى أنه أبق) كان ينبغى ان يقال كما فى الهداية فادعى اباقه بدون عند البائع اه لتكون الخصومة متوجهة بدعوى الاباق عندهما (قوله وأراد تحليف البائع على انه لم يأبق عنده) أى المدعى لعل صوابه ارجاع الضمير المضاف الى الظرف للبائع كما هو ظاهر عبارة الهداية وهى فأراد تحليف البائع على عدم الاباق عنده (قوله لكن انكاره انما يعتبر الخ) يشير الى أن معنى المسئلة أن يدعى اباقا فينكر البائع قيامه فى الحال فيحتاج الى اثباته أما لو اعترف البائع به فانه يسأل عن وجوده عنده فان اعترف به رده عليه بالتماس المشترى وان انكر طولب المشترى بالبينة على ان الاباق وجد عند البائع فان أقامها رده والا حلف كما فى الفتح (قوله ويقال فى التحليف بالله ما أبق قط) هذا فى دعوى

اباق الصغير لما يفيده كلام المصنف فيما سيأتى ولان الزيلعى ذكر هذا كما قاله المصنف ثم قال ولو كان العيب) الدعوى فى اباق العبد الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق فى الصغير يزول بالبلوغ فلا يوجب الرد على ما بيناه من قبل اه وفى الكبير يحلف كما ذكرناه لما فيه من النظر للبائع فانه لا يقدر أن يحلف على عدم الاباق فى الكبير مطلقا لاحتمال كونه فى الصغر ثم طرأ بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب فلو الزمناه الحلف ما أبق عنده قط أضررنا به والزمناه ما لا يلزمه ولو لم يحلف أصلا أضررنا بالمشترى فيحلف كما ذكرناه (قوله لكن قال المتأخرون) منهم الزيلعى

(قوله لانه يوهم تعلقه بالشرطين) أي شرط سلامته حال البيع وشرط سلامته حال التسليم (قوله فيتأوله البائع في اليمين الخ) أي يقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعا ويقصد قيامه حالة التسليم خاصة فتكون هذه العبارة والله اقد باعه وسلمه الخ صادقة اذا كان حدوث العيب قبل التسليم وقصده ذلك لا يوجب بره شرعا فان تأوله كذلك لا يخاصمه عند الله تعالى

العيب) لانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه في احدى الحالتين وهي حالة التسليم (واذا لم يثبته) متعلق بقوله حتى يثبت يعني اذا لم يثبت انه ابق عند نفسه (يحلف) بائعه (عندهما انه) أي البائع (لا يعلم انه) أي العبد (ابق عنده) لان الدعوى صحيحة حتى يترتب عليها البينة فكذا اليمين (واختلفوا على قول الامام) وله على ما قال البعض ان الدعوى لا تصح الا من خصم ولا يصير خصما الا بعد قيام العيب (واذا نكل) عن اليمين (فعندهما يحلف ثانيا) اطلب المشتري الرد عليه فان بنكوله يثبت العيب عند المشتري فاذا أراد الرد على البائع بهذا العيب يحلف البائع على البتات كما تقدم من قوله بالله ماله حق الرد عليك فان حلف لا يرد وان نكل يرد عليه ثم الدعوى ان كانت في اباق الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ كذا في الهداية أقول ينبغي أن يكون الحكم في البول في الفراش والسرقة أيضا كذلك لاشتراكها في العلة واليه أشار في غاية البيان بقوله وذلك لان اتحاد الحالة شرط في العيوب الثلاثة (اختلفا) أي البائع والمشتري (بعد التقابض في قدر المبيع) يعني اشترى عبدا وتقابضا فوجد به عيبا فقال البائع بعتك هذا وآخر معه وقال المشتري بعتنيه وحده فائدة دعوى البائع جر نفع تخصيص الثمن على تقدير الرد ولهذا قال وتقابضا (أو المقبوض) بان اشترى عبدين فقال البائع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت الا أحدهما (فالقول) في الصورتين (للمشتري) لانه قابض والقول للقابض كما في الغصب (اشترى عبدين صفقة) واحدة (وقبض أحدهما ووجد به أو بالآخر عيبا أخذهما أو ردهما ولو قبضهما رد المعيب فقط) لان تمام الصفقة بالقبض وقبل القبض لا يجوز تفريقها لانه يكون بيعا بالحصة ابتداء وهو لا يجوز وبعد القبض يجوز لانه يكون بيعا بالحصة بقاء وهو جائز كما تقرر في كتب الاصول (قبض كيليا أو وزنيا ووجد ببعضه عيبا رد كله أو أخذ) لان المكيل والموزون ان كانا من جنس واحد كانا كشيء واحد قيل هذا اذا كانا في وعاء واحد وان كانا في وعاءين كان بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي فيه العيب لا الآخر (ولو استحق بعضه) أي بعض المكيل أو الموزون لم يخير بعد القبض في رد ما بقي اذ لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا المالك وأما اذا كان قبل القبض فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام (وفي الثوب خير) لان التبعيض فيه عيب وقد كان وقت البيع وظهر بالاستحقاق (اشترى جارية ولم يتبرأ من عيوبها فوطئها أو قبلها أو مسها بشهوة ثم وجد بها عيبا لم يردها مطلقا) أي سواء كانت بكرا أو ثيبا انقصها الوطء أو لا لان كلا

في ذلك اليمين بل هي يمين غموس كذا في الفتح (قوله وله على ما قال البعض الخ) هو الاصح فليس للمشتري تحليف البائع كما قدمناه عن الزيلعي (قوله فعندهما يحلف) قال الكمال والوجه ما قالا من الزام اليمين على العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض اه (قوله أقول ينبغي أن يكون الحكم في البول في الفراش والسرقة أيضا كذلك الخ) قد صرح به الكمال رحمه الله بقوله وكذا في كل عيب يدعى ويختلف فيه الحال فيما بعد البلوغ وقبله بخلاف ما لا يختلف كالجنون اه ثم ذكر كيفية ترتيب الخصومة وتقسيم العيوب فليراجع (قوله اشترى عبدين الخ) أشار به الى أن المبيع لو كان لا ينتفع ببعضه كزوجي خف ومصراعي باب وثورين ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك المشتري رد المعيب وحده وان كان بعد القبض كما في التبيين والفتح (قوله قبض كيليا الخ) أطلقه فشمل ما لو كان في اناءين وهو الاظهر كما في البرهان والى هذا أشار بقوله قبل هذا اذا كانا في وعاء واحد (قوله لا المالك) يعني به المستحق (قوله اشترى جارية الخ) مستدرك بما قدمه أوائل الباب (قوله أو قبلها أو مسها بشهوة ثم وجد بها عيبا الخ) كذا في البدائع الا انه لم يذكر المس بشهوة ولكن قال في البزازية قال التمرتاشي قول السرخسي التقبيل بشهوة يمنع الرد محمول على ما بعد العلم بالعيب اه ولو كان لها زوج فوطئها عند البائع ثم عند المشتري لا يرجع بالنقص ويردها لان هذا الوطء لا يمنع الرد وان لم يطأها الا عند المشتري فان كانت بكرا يرجع بالنقصان لنقصان العين بزوال العذرة وان كانت ثيبا لم يذكر في الاصل انه يمنع الرد أم لا وقيل لا يمنع فلا يرجع بالنقصان مع امكان الرد كما في البدائع (تنبيه) البكارة لا تستحق بالبيع حتى لو جدها ثيبا لا يتمكن من الرد اذا لم يكن شرط البكارة فعدمها من باب عدم وصف مرغوب فيه لا من باب وجود العيب كما في الفتح وقال في البزازية وقاضيخان اشتراها على انها بكر فعلم بالوطء عدم البكارة فلما علم

ونزع بلا لبث من ساعته رد وان لبث بعد العلم لا اه (قوله ويرجع بالنقصان) كذا فى البدائع وغيره وفى البزازية ما يخالفه حيث جوز الرجوع بالنقص مع المس والنظر ومنعه مع الوطء كالرد (قوله لان كلا منها عيب حادث) فيه تأمل أما اذا كانت بكرا فمسلم وأما الثيب فعدم ردها لاستيفائه ماءها وهو جزؤها فاذا ردها صار كأنه أمسك بعضها ورد باقيها كذا علله فى شرح المجمع وأما القبلة والمس فكيف يعلل بانه عيب حادث (قوله لان أقصى ما فى الباب أن هذا قضاء على الغائب من غير خصم ولكنه ينفذ فى اظهر الروايتين عن أصحابنا) قال العمادى فى فصوله عن المحيط كان ظهير الدين المرغينانى يفتى بعدم النفاذ لئلا يتطرقوا الى هدم مذهب أصحابنا اه وسنذكره فى كتاب القضاء ١٦٦ ان شاء الله تعالى (قوله واستخدامه) قال الكمال ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فانه لا يسقط الا بالمرة الثانية اه ولكن فى البزازية قال السرخسى الصحيح ان الاستخدام بعد العلم فى المرة الثانية رضا أى فى خيار العيب (قوله ولو كان ركوبه للرد لا يكون رضا كالسقى وشراء العلف عن ضرورة) جعل الركوب للرد غير مانع مع الضرورة ضعيف لما قال الزيلعى لا يكون الركوب ليسقيها الماء أو ليردها على البائع أو ليشترى لها العلف رضا بالعيب وهذا استحسان لانه محتاج اليه وقد لا تنقاد ولا تنساق فلا يكون دليل الرضا الا اذا ركبها فى حاجة نفسه وقيل تأويله اذا لم يكن له بد من الركوب بان كان العلف فى عدل واحد أو لا تنساق ولا تنقاد وقيل الركوب للرد لا يكون رضا كيفما كان لانه سبب الرد ولغيره يكون رضا الا عن ضرورة اه (قوله فانهما اذا كانا عن ضرورة) ينبغى أن يقال فانه اذا كان عن ضرورة لرجوع الضمير للركوب حالة السقى وشراء العلف (قوله أو يكون العلف فى عدل واحد) قال الكمال تقييده بعدل واحد لانه لو كان فى عدلين فركبها يكون الركوب رضا ذكره قاضيخان وغيره ولا يخفى ان الاحتمالات التى ذكرناها فى ركوبها للسقى انها لا تمنع الرد معها تجرى فيما اذا كان العلف فى عدل ثم ركبها فلا ينبغى ان يطلق امتناع الرد اذا كان العلف فى عدل اه وفى المواهب الركوب الى للرد أو للسقى أو شراء العلف لا يكون رضا مطلقا فى الاظهر اه وقال الكمال فرع وجد بالدابة عيبا فى السفر وهو يخاف على حمله حمله عليها ويرد بعد انقضاء السفر وهو معذور اه ويخالفه ما قال فى البزازية لو حمل عليه حملا واطلع على عيب فى الطريق ولم يجد ما يحمل حمله ولو ألقاه فى الطريق يتلف لا يتمكن من الرد وقيل يتمكن قياسا على ما اذا حمل عليه علفه قلت الفرق واضح فان علفه مما يقومه اذ لولاه لا يبقى ولا كذلك العدل فكان من ضرورات الرد فذكر اللامشى انه لو أمكنه ان يأتى بالعلف بلا حمل فحمل لا يرد اه عبارة البزازية (قوله أو قتل بسبب) أى كردة وقطع طريق وقتل نفس (قوله وأخذ ثمنهما) كان الاولى أن يقال ثمنه للعطف بأو

منها عيب حادث (ويرجع بالنقصان) لامتناع الرد (الا اذا رضى البائع بأخذها) لان الامتناع كان لحقه فاذا رضى زال الامتناع (الحادث) من العيب (اذا زال فالقديم يوجب الرد) يعنى اذا اشترى شيأ فحدث فيه عيب ثم اطلع على عيبه القديم لم يرده لان حدوث العيب عنده مانع من الرد واذا زال جاز الرد لعود الممنوع بزوال المانع (ظهر عيب مبيع الغائب عند القاضى فوضعه عند عدل فهلك كان) أى الهلاك (على المشترى الا اذا قضى بالرد على البائع) يعنى اشترى جارية من رجل وغاب البائع فاطلع المشترى على عيب الجارية فرفع الامر الى القاضى وأثبت عنده الشراء والعيب فأخذها القاضى ووضعها على يد عدل فماتت فى يده وحضر البائع ليس للمشترى أن يسترد الثمن لان الرد على البائع لم يثبت لمكان غيبته فكان الهلاك على المشترى قال فى الخلاصة قلت ينبغى أن يكون هذا فيما اذا لم يقض القاضى بالرد على البائع بل أخذها منه ووضعها عند عدل أما اذا قضى على البائع بالرد فينبغى أن يهلك من مال البائع ويسترد المشترى الثمن لان أقصى ما فى الباب أن هذا قضاء على الغائب من غير خصم ولكنه ينفذ فى أظهر الروايتين عن أصحابنا (مداواة المعيب وعرضه على البيع ولبسه واستخدامه وركوبه فى حاجته رضا) لان كلا منها دليل الاستبقاء (ولو) كان ركوبه (للرد لا) أى لا يكون رضا لانه وسيلة الى الرد (كالسقى وشراء العلف عن ضرورة) فانهما اذا كانا عن ضرورة بان لا تنساق ولا تنقاد أو يكون العلف فى عدل واحد لا يكونان رضا واذا عدم الضرورة كانا رضا (قطع المقبوض) أى قطع يد المبيع المقبوض (أو قتل بسبب كان عند البائع رد المقطوع) لبقاء عينه (وأخذ ثمنهما) أى ثمنى المقطوع والمقتول يعنى اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشترى له أن يرده ويأخذ ثمنه وقالا لا يرده بل يرجع بما بين قيمته سارقا وغير سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل فى يد المشترى بسبب وجد فى يد البائع وهو بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود فى يد البائع سبب القطع أو القتل وهو لا ينافى المالية فينفذ العقد فيه لكنه تعيب فيرجع بنقصانه لتعذر الرد وله ان سبب الوجوب حصل فى يد البائع والوجوب يفضى الى الوجود فيضاف الوجود

الى السبب السابق قوله ولم يعلم به المشترى يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله فى الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع كما سيأتى فى مباحث الاستحقاق (باع بشرط البراءة من كل عيب) ولم يسم العيوب بعددها (صح) وقال الشافعى لا يصح بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح لان فيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة فى الاسقاط لا تفضى الى النزاع وان تضمن التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة (ويدخل فيه) أى فى هذا الابراء العيب (الموجود) حال العقد (والحادث) بعد العقد (قبل القبض) عند أبى يوسف وقال محمد لا يدخل فيه الحادث بعد العقد وهو قول زفر (قال مشترى العبد ان ساومه اشتره فلا عيب به) صورته اشترى زيد من بكر غلاما فاراد ان يبيعه من بشر فقال لبشر حين المساومة اشتره فلا عيب به (ولم يبع) الغلام من بشر (فوجد) زيد (به عيبا) كان ينبغى ان لا يجوز رده على البائع لاقراره بعدم العيب لكنه (يرده على بائعه ولا يبطله) أى الرد (الاقرار السابق) بعدم العيب لانه مجاز عن الترويج لظهور انه لا يخلو عن عيب ما فتيقن القاضى بأن ظاهره غير مراد له (ولو عينه) أى العيب بأن قال لا عور به ولا شلل (لا) أى لا يرده لاحاطة العلم به الا ان لا يحدث مثله بأن قال ليس به اصبع زائدة ثم وجد به اصبعا زائدة له أن يرده لتيقننا بكذبه فى الاقرار كقوله لغيره قطعت يدك ويده صحيحة (قال) بائع عبد (لآخر عبدى هذا آبق فاشتره منى فاشتراه وباع من آخر فوجده) المشترى (الثانى آبقا لا يرده بما سبق من اقرار) البائع (الاول ما لم يبرهن انه أبق عنده) أى عند البائع الاول المقر لان الموجود من البائع الثانى السكوت عند اقرار البائع الاول واقراره ليس بحجة على المشترى الاول وهو البائع الثانى (مشتر) لعبد أو أمة (قال أعتق البائع) العبد (أو دبره أو أولد) الامة (أو هو حر الاصل وأنكر البائع وحلف) لعجز المدعى عن الاثبات (قضى عليه) أى على المشترى (بالعتق والتدبير والاستيلاد) لاقراره بما ذكر (ورجع بالعيب ان علم به) لان المبطل للرجوع ازالته عن ملكه الى غيره بانشائه أو اقراره ولم يوجد حتى لو قال باعه وهو ملك فلان وصدقه فلان وأخذه لا يرجع بالنقصان لانه أخرجه عن ملكه فى الظاهر باقراره كأنه وهبه كذا فى الجامع الكبير (باع الامام أو أمينه غنيمة محرزة) حتى لو لم تكن محرزة

(قوله ولم يعلم به) يعنى وقت البيع ولا وقت القبض كما فى الفتح (قوله وهو بمنزلة الاستحقاق عنده) أى فيرجع بجميع الثمن كما لو استحق كله (قوله وبمنزلة العيب عندهما) يعنى فى الحكم والا فهو عيب عندهما لا بمنزلة العيب قاله الكمال (قوله لكنه تعيب الخ) أى بعيب العقوبة مع ما به من العيب القديم فيقوم سارقا وغير سارق وحلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين عندهما (قوله وله ان سبب الوجوب) أى وجوب القطع والقتل (قوله فيضاف الوجود) أى وجود القتل أو القطع الى السبب السابق أى سبب القطع والقتل وهو سرقته أو قتله كائنا فى يد البائع فيضاف اليه فصار كأنه قطع أو قتل عند البائع الذى عنده السبب فانتقض قبض المشترى (قوله وقال محمد لا يدخل فيه) أى فى شرط البراءة من كل عيب ولم يزد على هذا اذ لو شرط البراءة من كل عيب قائم به لا يدخل الحادث فى البراءة اتفاقا ولو اختلفا فى عيب انه حادث بعد العقد أو كان عنده لا أثر لهذا عند أبى يوسف وعند محمد القول قول البائع مع يمينه على العلم انه حادث وعند زفر القول للمشترى كما فى الفتح (قوله لانه مجاز عن الترويج) كذا فى المحيط ثم قال وهذا لمن قال لجاريته يا زانية يا مجنونة فليس باقرار بالعيب ولكنه للشتيمة حتى قيل لو قال ذلك فى الثوب أى قال لآخر اشتره فانه لا عيب به يكون اقرارا بنفى العيب لان عيوب الثوب ظاهرة اهـ (قوله قال لآخر عبدى هذا آبق الخ) كذا لو قال على انى برىء من الاباق ولو قال على انى برىء من اباقه أو على انه آبق وقبله المشترى الاول على ذلك يرده الثانى عليه لانه ذكر هذا وصفا للايجاب أو شرطا فيه والايجاب يفتقر الى الجواب والجواب يتضمن اعادة ما فى الخطاب فاذا قال المشترى قبلت ذلك صار كأنه قال اشتريت على انه آبق فيكون اعترافا بكونه آبقا يقتضى الجواب بخلاف ما لو قال على انى برىء من الاباق لانه لم يضف الاباق الى العبد ولا وصفه به فلم يكن اعترافا بوجود الاباق للحال لان هذا الكلام كما يحتمل التبرى عن اباق موجود من العبد يحتمل التبرى عن اباق سيحدث فى المستقبل فلا يصير مقرا بكونه آبقا للحال بالشك فلا يثبت حق الرد بالشك كذا فى المحيط فلينظر مع ما قاله الكمال لو قال أنا برىء من كل عيب الا اباقه برئ من اباقه ولو قال الا الاباق فله الرد بالاتفاق اهـ (قوله لان الموجود من البائع الثانى السكوت الخ) يعنى والسكوت ليس تصديقا منه لبائعه فيما أقر به فاما اذا قال البائع الثانى وجدته آبقا الآن صار مصدقا للبائع فى اقراره بكونه آبقا والله الموفق

لم يجز بيعها الا انها لم تملك كما مر في كتاب السير (ووجد المشتري) في المبيع (عيبا لا برده عليهما) أي الامام وامينه لان الامين لا ينتصب خصما (بل الامام ينصب له خصما ولا يحلفه) لان فائدة التحليف النكول ولا يصح نكوله واقراره (فاذا أثبت عليه العيب ورد بياع ويدفع الثمن اليه والنقص أو الفضل يرجع الى محله) أي ان نقص الثمن الآخر عن الاول ان كان المبيع من أربعة الاخماس يعطى منها وان كان من الخمس يعطى منه وكذا الزيادة توضع فيما اذا كان المبيع منه لان الغرم بالغنم

﴿باب البيع الفاسد﴾

لقب الباب به وان كان فيه الباطل والموقوف والمكروه أيضا لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه والباطل ما لا يصح أصلا ووصفا ولا يفيد الملك بوجه حتى لو اشترى عبدا بميتة وقبضه وأعتقه لا يعتق والفاسد ما يصح أصلا لا وصفا ويفيد الملك عند اتصال القبض به حتى لو اشترى عبدا بخمر وقبضه فأعتقه يعتق والموقوف ما يصح بأصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير والمكروه ما يصح بأصله ووصفه لكن جاوره شئ منهي عنه كالبيع عند اذان الجمعة اذا تقرر هذا فاعلم انه (بطل بيع ما ليس بمال والبيع به) أي جعله ثمنا بادخال الباء عليه (كالدم والريح والحر والميتة) بسكون الياء الميتة بتشديد الياء أي الميتة التي ماتت حتف أنفها فان الميتة التي لم تمت حتف أنفها مثل الموقوذة مال عند أهل الذمة كالخمر والخنزير كما سيأتي (والمعدوم) ومنه حق التعلي فانه معدوم محض (و) منه أيضا (المضامين) جمع مضمونة وهي ما في اصلاب الفحول من الماء (والملاقيح) جمع ملقوحة وهي ما في البطن من الجنين ويجب ان يحمل ههنا على ما سيكون والا كان حملا وسيأتي ان بيع الحمل فاسد لا باطل (والنتاج) بكسر النون من نتجت الدابة على البناء للمفعول وهو حبل الحبلة (و) بيع (أمة تبين انه) ذكر الضمير لتذكير الخبر (عبد وعكسه) وهو بيع عبد تبين انه أمة فان الامة ليست بعبد وكذا العكس فيكون بيع معدوم وانما لم تكن هذه الاشياء مالا لان المال موجود يميل اليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع وهذه الاشياء ليست كذلك لان صفة المالية للشئ تثبت بتمول كل الناس أو بعضهم اياه والتقوم انما يثبت باباحة الانتفاع به شرعا وقد ثبت صفة التقوم بلا صفة المالية فان حبة من الحنطة ليست بمال حتى لا يصح بيعها وان ابيح الانتفاع بها لعدم تمول الناس اياها كذا في الكافي (ومتروك التسمية عامدا) فان قيل ينبغي ان يجوز العقد فيما ضم اليه لانه مجتهد فيه بخلاف الشافعي فيه كالمدبر فينفذ فيه البيع بقضاء القاضي قلنا حرمته منصوص عليها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ بالقضاء كذا في الكافي (وما في حكمه) أي حكم ما ليس بمال عطف على ما ليس بمال (كام الولد والمكاتب والمدبر) فان بيع هؤلاء أيضا باطل لكن ليس كبطلان بيع الحر فانه باطل ابتداء وبقاء لعدم محليته للبيع أصلا لثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها ولهذا جاز بيعهم

﴿باب البيع الفاسد﴾

من أنفسهم فبطل ما قيل لو بطل مع هؤلاء لكان كبيع الحر ولزم بطلان بيع القن المضموم اليهم فى البيع كالمضموم الى الحر وذلك لانهم دخلوا فى البيع ابتداء لكونهم محلا له فى الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقى القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز كما مر بخلاف الحر فانه لما لم يدخل فى البيع لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء وانه باطل كما مر وسيأتى (وبيع مال) عطف على بيع ما ليس بمال (غير متقوم كالخمر والخنزير وميتة لم تمت حتف أنفها) قيدها به لتكون مالا كالخمر والخنزير حتى لو ماتت حتف أنفها لا تكون مالا عند أهل الذمة أيضا (بالثمن) أى الدراهم والدنانير والفلوس النافقة متعلق بقوله وبيع مال وانما بطل بيعها بالثمن لانه لا يفيد الحكم فى طرف المبيع فان المبيع هو الاصل فى البيع لتوقف البيع على وجوده بخلاف الثمن والاصل ليس محلا للتملك فكذا البيع لان ثبوته فى الذمة انما يكون حكما لتملكه بمقابلة تملك مال آخر فاذا لم يوجد ذلك لا يثبت فى الذمة فلا يثبت فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك فى المعدوم وان قوبلت بعين فسد البيع حتى يملك ما يقابلها وان لم يملك عين الخمر والخنزير كما سيأتى (و) بطل أيضا (بيع قن ضم الى حر وذكية ضمت الى ميتة ماتت حتف أنفها) قيدت به لتكون كالحر وانما بطل بيع القن والذكية (وان سمى ثمن كل) لان الحر غير داخل فى البيع أصلا لكونه غير مال وبضمه الى القن جعل شرطا لقبول القن وجعل غير المال شرطا لقبول المبيع مبطل للبيع وصح بيع قن ضم الى مدبر او قن غيره وملك ضم الى وقف لانها محل البيع عند البعض فبطلانها لا يسرى الى غيرها (وبيع ما لا مجيز له حال العقد كبيع أبى الصغير او وصيه ماله بغبن فاحش) قال فى العمادية فان كان بيعهم واجازتهم يعنى الاب والجد ووصيهما والقاضى بمثل القيمة أو باقل بقدر ما يتغابن الناس فيه له جاز وان كان بقدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز ولا يتوقف على الاجازة بعد الادراك لان هذا عقد لا مجيز له حال العقد (وبيع نفى فيه الثمن) فانه اذا نفى فقد نفى الركن فلم يكن بيعا وقيل ينعقد لان نفيه لم يصح لانه نفى العقد واذا لم يصح نفيه صار كانه سكت عن ذكر الثمن ولو باع وسكت عنه ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض كما سيأتى (وحكمه) أى حكم البيع الباطل (ان المبيع به لا يملك) أى لا يكون ملكا للمشترى لان الباطل لا يترتب عليه الحكم بخلاف الفاسد كما مر (فان هلك) المبيع (عند المشترى لم يضمن) لان المقبوض أمانة عنده لان العقد اذا بطل بقى مجرد القبض باذن المالك وهو لا يوجب الضمان الا بالتعدى وقيل يكون مضمونا لانه يصير كالمقبوض على سوم الشراء وهو أن يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيت به اشتريته بما ذكر أما اذا لم يسمه فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه أبو الليث قيل وعليه الفتوى كذا فى العناية * ثم لما فرغ من بيان البيع الباطل شرع فى بيان الفاسد فقال (وفسد ما) أى بيع (سكت) أى وقع السكوت (فيه عن الثمن) فان البيع لا يبطل به بل ينعقد ويثبت الملك بالقبض لان مطلق البيع يقتضى المعاوضة فاذا سكت كان غرضه القيمة فكانه باع بقيمته فيفسد ولا يبطل

(قوله وملك ضم الى وقف الخ) صرح رحمه الله ببطلان بيع الوقف وأحسن بذلك وبجعله من قسم البيع الباطل اذ لا خلاف فى بطلان بيع الوقف لانه لا يقبل التمليك والتملك وغلط من جعله فاسدا وأفتى به من علماء القرن العاشر ورد كلامه فى عصره بجملة رسائل ولنا فيه رسالة هى حسام الحكام متضمنة لبيان فساد قوله وبطلان فتواه (قوله فبطلانها) واضح بردما لك القن بيع الفضولى) لكن النسخة التى عبر فيها بضمير التثنية أحسن لتعليله بأنهما محل البيع عند البعض فيرجع الى المدبر والى الوقف وكان الاحسن التعليل بكونهما مالا لاطباق الفقهاء على عدم نفاذ بيع الوقف العامر من غير مسوغ الا أن يراد البيع فى الجملة كالمتلف وانما قلنا ذلك لان بيع قن الغير محل للبيع عند الكل

(قوله وفسد بيع سمك لم يصد) أطلقه وقال في البرهان وبطل بيع السمك قبل صيده وفسد لو بالعرض اهـ فجعل الفساد لو بيع بما لا يثبت في الذمة (قوله أو صيد وألقي الخ) قال في التبيين وإن أخذه ثم ألقاه في حظيرة كبيرة بحيث لا يمكن أخذه إلا بحيلة لا يجوز فلو سلمه بعد ذلك ينبغي أن يكون على الروايتين ١٧٠ اللتين في بيع الآبق بناء على أنه باطل أو فاسد اهـ (قوله وإن أخذه بدونها صح) أقول وثبت له خيار الرؤية ولا يعتد برؤيته وهو في الماء لأنه يتفاوت في الماء وخارجه كما في التبيين (قوله إلا إذا دخل في الحظيرة بنفسه ولم يسد مدخله لعدم ملكه) مفهوم التعليل فيه تسامح إذ لا بد من قدرة التسليم مع الملك لأنه لا يلزم من الملك الصحة كما لو أخذه وألقاه في حظيرة لا يقدر على أخذه منها إلا بحيلة كما تقدم فيحمل على ما إذا دخل حظيرة يقدر على أخذه منها بلا حيلة فسدها (قوله وفسد بيع طير في الهواء) الكلام فيه كما في السمك قبل صيده (قوله وإنما قال لا يرجع الخ) أقول ما ذكره من التقييد عن الزيلعي خلاف ظاهر الرواية لما قال في البرهان ولو كان يعني الطير يذهب ويجيء كالحمام لا يجوز أيضا في الظاهر (قوله وفسد بيع الحمل الخ) أقول صرح بفساده وفساد بيع النتاج في الاختيار وفي الكنز عطفه على قوله لم يجز بيع الميتة فيحتمل أن يكون باطلا كالميتة وفي البرهان جعل بيع الحمل والنتاج من الباطل اهـ (قوله واللؤلؤ في صدف) أقول في الخانية لو اشترى لؤلؤة في صدف قال أبو يوسف يجوز البيع وله الخيار إذا رآها وقال محمد لا يجوز وعليه الفتوى اهـ (قوله وضربة القانص) أقول هو من البيع الباطل كما في البرهان (قوله وهو ما يخرج من الماء بضرب الشبكة مرة) أقول فهو على هذا من القنص يقال قنص يقنص قنصا إذا اصطاد وروي في تهذيب الأزهري أنه نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللآلي وكذا رواه الزمخشري في الفائق حيث فسره بقوله هي أن يقول أغوص غوصة فما أخرجته فهو لك بكذا والمعنى فيهما واحد اهـ كما في البرهان

(و) فسد أيضا (بيع عرض بالخمر وعكسه) لأن مشتري العرض إنما يقصد تملك العرض بالخمر وفيه إعزاز للعرض لا للخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك العرض لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة العرض لا الخمر وكذا إذا باع الخمر بالعرض بأن أدخل الباء في العرض إذ يعتبر شراء العرض لا الخمر لكونه مقايضة (و) فسد أيضا (بيعه) أي العرض (بأم الولد والمكاتب والمدبر حتى لو تقابضا ملك مشتري العرض العرض) لأنهم يدخلون في العقد حتى لا يبطل العقد فيما ضم إلى واحد منهم وبيع معه ولو كانوا كالحر لبطل (و) فسد بيع (سمك لم يصد) لأنه بيع ما لا يملكه (أو صيد وألقي فيما) أي حظيرة (لا يؤخذ منه إلا بحيلة) لأنه غير مقدور التسليم (وإن أخذ بدونها صح) لأنه مقدور التسليم (إلا إذا دخل) في الحظيرة بنفسه (ولم يسد مدخله) لعدم الملك (و) فسد أيضا بيع (طير في الهواء) لأنه قبل الأخذ غير مملوك فيكون الفساد بمعنى البطلان وبعده غير مقدور التسليم وإنما قال (لا يرجع) لما قال الزيلعي إذا كان الطير يطير في الهواء ولا يرجع لم يجز بيعه وأما إذا كان له وكر عنده يطير منه في الهواء ثم يرجع إليه جاز بيعه والحمام إذا علم عودها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنها مال مقدور التسليم (و) فسد أيضا بيع (الحمل) جعل بيع النتاج باطلا وبيع الحمل فاسدا لأن عدم الأول مقطوع به وعدم الثاني مشكوك فيه (و) فسد أيضا بيع (أمة إلا حملها) لما تقرر أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه في العقد والحمل كذلك لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله بها خلقة وبيع الأصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يفسد به (و) فسد أيضا بيع (لبن في ضرع) للغرر لاحتمال كونه نفاخا (ولؤلؤ في صدف) للغرر (وصوف على ظهر الغنم) لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنه (وجذع في سقف وذراع من ثوب) إذا باع جذعا في سقف أو ذراعا من ثوب يعني ثوبا يضره التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكر القطع أو لا إذ لا يمكنه التسليم إلا بضرر لم يوجبه العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع وتتحقق المنازعة بخلاف ما لا يضره التبعيض كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فإن بيعه جائز لانتفاء المانع وبهذا التقرير يندفع ما يقال إن هذا الضرر مرضي به فينبغي أن لا يكون مفسدا ولو لم يكن الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر وللجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري عاد البيع صحيحا لزوال المفسد قبل التقرر (وضربة القانص) وهو ما يخرج من الماء بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول (والمزابنة) وهو بيع الثمر بالثاء المنقوطة بالثلاث على النخيل بتمر بالتاء المنقوطة بنقطتين مجذوذ بمثل كيله خرصا للنهي عنه ولشبهة الربا (والملامسة

والمنابذة

والمنابذة والقاء الحجر) فانها بيوع كانت فى الجاهلية بان يتساوم الرجلان على سلعة فاذا لمسها المشترى او نبذها اليه البائع او وضع المشترى عليها حصاة لزم البيع فالاول الملامسة والثانى المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الاولين والحق بهما الثالث بدلالة النص (و) فسد ايضا بيع (الكلأ) بالقصر وهو ما تحويه الارض من النبات (كذا) أى يفسد ايضا (اجارته) أما فساد بيعه فلانه ورد على ما ليس بمملوك للبائع اذ مجرد نبات الكلأ فى أرضه لا تنقطع شركة الناس عنه ولا يصير مملوكا له فيبقى على أصل الاباحة ما لم يوجد الاحراز قال صلى الله عليه وسلم الناس شركاء فى ثلاث فى الماء والكلأ والنار وأما فساد اجارته فلورودها على استهلاك العين ومحل الاجارة المنافع دون الاعيان ولا يلزم الصبغ واللبن فى استئجار الصباغ والظئر لان العين ثمة آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة والحيلة فيه ان يستأجر موضعا من الارض ليضرب فيه فسطاطا أو ليجعلها حظيرة لغنمه فتصح الاجارة ويبيح صاحب المرعى الانتفاع له بالرعى فيحصل مقصودهما كذا فى الكافى (والنحل) فان بيعه فاسد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وصحيح عند محمد اذا كان محرزا لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع ليس به بل بما يخرج منه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج (الامع كوارات فيها العسل) فحينئذ يجوز بيعه تبعا لها ذكره القدورى فى شرحه وقال الكرخى لا يجوز معها ايضا لان الشئ انما يدخل فى البيع تبعا لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب والطريق كذا فى الكافى (ودود القز وبيضه) فان بيعهما لا يجوز عند أبى حنيفة وأبو يوسف معه فى الدود ومع محمد فى بيضه وقيل فيه أيضا معه لابى حنيفة ان الدود من الهوام وبيضه لا ينتفع به فاشبه الخنافس والوزغات وبيضهما ولمحمد ان الدود ينتفع به وكذا بيضه فى المآل فصار كالجحش والمهر ولان الناس قد تعاطوه فمست الضرورة اليه فصار كالاستصناع (وبه يفتى) كذا فى الكافى (والآبق) لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيعه ولانه غير مقدور التسليم (الا ممن يزعم أنه عنده) لان المنهى عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا فى حق المتعاقدين وهذا غير آبق فى حق المشترى فلو قال هو عند فلان فبعه منى لم يجز لانه آبق فى حق المتعاقدين ولو باعه ثم عاد من الاباق لا يتم العقد وقيل يتم (ولبن امرأة) حرة كانت أو أمة لانه جزء الآدمى وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع وعن أبى يوسف أنه يجوز بيع لبن الامة اذ يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا جزؤها قلنا نفسها محل للرق لاختصاصه بمحل القوة التى هى ضده وهو الحى ولا حياة فى اللبن (فى وعاء) قيد به دفعا لما عسى يتوهم ان بيعه فى الضرع لا يجوز كسائر البان الحيوانات وفى الوعاء يجوز (وشعر الخنزير) لانه نجس العين فلا يجوز بيعه (وجاز الانتفاع به للخرز) ونحوه للضرورة فان الاساكفة يحتاجون فى خرز النعال والاخفاف اليه لانه لا يتأتى الا به ولا ضرورة فى شرائه لوجوده مباح الاصل ولو وقع فى الماء القليل افسده عند أبى يوسف وعند محمد لا لان اطلاق الانتفاع به

(قوله والكلأ كذا اجارته) اقول بيعه باطل واجارته باطلة أيضا كما فى البرهان (قوله وصحيح عند محمد الخ) أقول والفتوى على قول محمد كما فى البحر عن الذخيرة والخلاصة (قوله وقال الكرخى الخ) أقول اجيب عنه بأن التبعية لا تنحصر فى الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل فى الوجود والنحل تابع له فى المقصود بالبيع كما فى البحر (قوله وبه يفتى) أى بقول محمد (قوله وشعر الخنزير) أقول هو باطل كما فى البرهان

دليل طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا تظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرهما (وشعر الانسان) لان الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا (كذا) اي كما لا يجوز بيعه لا يجوز (الانتفاع به) لما ذكر (وجلد الميتة قبل الدبغ) لانه غير منتفع به لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو غير المدبوغ منه (ويباع وينتفع به بعده) لانه طهر بالدباغ (كعظم الميتة وعصبها وصوفها ووبرها وقرنها) فان كلا منها يباع وينتفع به لكونه طاهرا بالأصل الخلقة لعدم حلول الحياة فيها كما مر في كتاب الطهارة (والفيل كالسبع) حتى يجوز بيع عظمه والانتفاع بعظمه وعند محمد نجس العين (و) فسد ايضا بيع (زيت على ان يوزن بظرفه ويطرح عنه بكل ظرف كذا رطلا بخلاف شرط طرح وزن الظرف) لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه وذلك لان مقتضى العقد ان يخرج عنه وزن الظرف فاذا طرح كذا رطلا يحتمل ان يكون اكثر من الظرف أو اقل (الا ان عرف ان وزنه كذا رطلا) فحينئذ يجوز لانه مقتضى العقد (اختلفا في الزق) يعني اشترى سمنا في زق ورد الظرف ووزن فجاء عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال (فالقول للمشتري) لان هذا الاختلاف اما ان يعتبر في تعيين الزق المقبوض أو مقدار السمن فان كان الاول فالمشتري قابض والقول قول القابض ضمينا كان كالغاصب أو امينا كالمودع وان كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في مقدار السمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة والقول للمنكر مع يمينه (وشراء ما باع) عطف على قوله وبيع عرض أي فسد شراء ما باع (بالاقل) أي باقل مما باع (قبل النقد) اي قبل نقد الثمن الاول صورته اشترى جارية بالف حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن الاول فسد البيع الثاني وقال الشافعي يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع وغيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة أو بالعرض ولنا ان الثمن لم يدخل في ضمان البائع فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له خمسمائة وهو بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة (بخلاف ما ضم اليه وبيع المجموع بالثمن الاول قبل نقده) صورته اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن الاول فالبيع فاسد في التي اشتراها من البائع وصحيح في التي لم يشترها منه اذ لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه باعتبار شبهة الربا فلو اعتبرت فيما ضمت اليها كان اعتبار الشبهة الشبهة وهي غير معتبرة (صح بيع الطريق حدد) اي بين له طول وعرض (أولا) أي لم يحد اما الاول فظاهر واما الثاني فلانه اذا لم يبين يقدر بعرض باب الدار العظمى كذا في النهاية وعلى التقديرين يكون معلوما فيصح بيعه (وهبته) وفي التتارخانية الطرق ثلاثة طريق الى الطريق الاعظم وطريق الى سكة غير نافذة وطريق خاص في ملك انسان فالطريق الخاص في ملك

(قوله وشعر الانسان) أقول بيعه باطل كرجيعه في الاصح الا اذا غلب عليه التراب او السرقين على الصحيح كما في البرهان (قوله وجلد الميتة) أقول الاظهر أن بيعه باطل كما في البرهان (قوله والفيل كالسبع) يعني عند أبي حنيفة وابي يوسف (قوله بخلاف ما اذا باع بالعرض) أقول والدراهم والدنانير هنا جنس واحد حتى لو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الاول لم يجز استحسانا وجاز قياسا وهو قول زفر

الانسان لا يدخل في البيع من غير ذكره اما نصا أو بذكر الحقوق أو المرافق والطريقان الآخران يدخلان في البيع من غير ذكر (لا بيع مسيل الماء وهبته) لانه مجهول اذ لا يدري قدر ما يشغله من الماء (وصح بيع حق المرور تبعا) للارض (بالاجماع ووحده في رواية) وهي رواية ابن سماعة وفي رواية الزيادات لا يجوز وصححه الفقيه أبو الليث بأنه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز (والشرب كذلك) أي صح بيعه تبعا للارض بالاجماع ووحده في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه نصيب من الماء ولم يجز في أخرى وهو اختيار مشايخ بخارى للجهالة (لا بيع حق التسييل وهبته) لانه ان كان على السطح كان حق التعلي وقد مر أن بيعه باطل وان كان على الارض كان مجهولا لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور على احدى الروايتين وحق التعلي ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهي البناء فأشبه المنافع وحق المرور يتعلق بعين تبقى وهي الارض فأشبه الاعيان (ولا) البيع (الى النيروز) معرب نوروز وهو أول يوم من الربيع (والمهرجان) وهو الخريف وانما لم يجز لان النيروز مختلف بين نيروز السلطان ونيروز الدهاقين ونيروز المجوس كذا في الكفاية (و) الى (صوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرفاه) أي المتبايعان خصوص اليوم لجهالة الاجل فاذا عرفاه جاز (بخلاف فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم) لان مدته بالايام معلومة وهي خمسون يوما ذكره التمرتاشي (وقدوم الحاج والحصاد) بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع (والدياس) وهو أن يوطأ الطعام بقوائم الدواب أو نحوها (والقطاف) قطع العنب (والجداد) قطع ثمر النخل والصوف وانما لم يجز لانها تتقدم وتتأخر (و يكفل اليها) أي الى هذه الاوقات لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم أجمعين في أنه يمنع جواز البيع أولا (وصح) أي البيع (ان اسقط الاجل قبل حلوله) لزوال المفسد قبل تقرره ولو باع مطلقا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات صح لان هذا تأجيل الدين والجهالة في الديون متحملة (وبشرط) عطف على قوله الى النيروز أي ولا يصح البيع بشرط (لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحدهما) أي أحد العاقدين (أو لمبيع يستحقه) أي النفع بأن يكون آدميا وانما فسد البيع بهذا الشرط لانهما اذا قصدا المقابلة بين المبيع والثمن فقد خلا الشرط عن العوض وقد وجب بالبيع بالشرط فيه فكان زيادة مستحقة بعقد المعاوضة خالية عن العوض فيكون ربا وكل عقد شرط فيه الربا يكون فاسدا (كشرط أن يقطعه) أي المبيع وهو ثوب (البائع ويخيطه قباء) فانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحدهما (أو) كشرط (ان يحذوه) أي المبيع وهو صرم (نعلا) يقال حذا لي نعلا أي عملها (أو) كشرط (أن يشركها) أي النعل من التشريك أي يضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم كذا في المغرب (وصح) البيع (في النعل) استحسانا للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب (أو) كشرط (ان يستخدمه) أي المبيع وهو عبد هذا نظير شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للبائع وانما قال (شهرا) لما مر ان الخيار اذا كان ثلاثة أيام جاز ان يشترط

(قوله والطريقان الآخران يدخلان في المبيع من غير ذكر) فيه نظر لانه يدافع ما قدمه من ان الطريق لا تدخل الا بذكر نحو كل حق ولا يكون الا في طريق خاص فليتأمل (قوله كان حق التعلي) اوله كحق التعلي فليتأمل (قوله والجداد) بالدال المهملة خاص بالنخل وبالمعجمة عام في قطع الثمار والجزاز بالزاي جز الصوف (قوله صح بيع الطريق) يخالفه ما قال في الخانية ولا يجوز بيع مسيل الماء وهبته ولا بيع الطريق بدون الارض وكذلك بيع الشرب وقال مشايخ بلخ جائز اه ويخالفه أيضا قوله الآتي وفي رواية الزيادات (قوله وفي التتارخانية الخ) ليس مما الكلام فيه وينبغي أن يكون بعد قوله وصح بيع حق المرور تبعا (قوله فالطريق الخاص في ملك انسان الخ) فيه نظر لانه اذا كان مملوكا لاجنبي لا يملك المرور فيه الا بالاباحة وليست لازمة للتملك للمشتري فان أريد احاطة ملك انسان به اصح لكن لا يخرج عن كونها في سكة غير نافذة (قوله وصح ان أسقط الاجل قبل حلوله) يعني ان أسقط الاجل من له الحق وهو المشتري لانه حقه فينفرد باسقاطه ولا يشترط فيه التراضي وقول القدوري في مختصره فان تراضيا باسقاط الاجل وقع اتفاقا كما في التبيين

فيه الاستخدام (أو يدبره أو يكاتبه أو يستولدها أو لا يخرج القن) عبدا كان أو أمة (عن ملكه) هذا مثال الشرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمبيع وهو يستحقه فان القن يعجبه أن لا تتداوله الايدى فيوجد زيادة خالية عن العوض فيفسد البيع وفرع على الاصل المذكور بقوله (فصح) أى البيع (بشرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى أو لا يقتضيه) العقد (ولا نفع فيه لاحد كشرط أن لا يبيع الدابة المبيعة) فانها ليست بأهل للنفع (جاز أمر المسلم ذميا ببيع خمر أو خنزير وشرائهما أو) أمر (المحرم غيره) أى غير المحرم (ببيع صيده) وقالا لا يجوز لان الموكل لا يليه بنفسه فلا يوليه غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه وله ان المعتبر فى هذا الباب أهليتان أهلية الوكيل وهى أهلية التصرف فى المأمور به وللنصرانى ذلك وأهلية الموكل وهى أهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم الا يرى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثا اذا أسلم مورثه النصرانى ومات عن خمر وخنزير وأيضا العبد المأذون له النصرانى اذا اشترى خمرا يثبت الملك فيه لمولاه المسلم اتفاقا واذا ثبت الاهليتان لم يمتنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لا سالب ثم الموكل به ان كان خمرا خلله وان كان خنزيرا سيبه وقد قالوا هذه الوكالة مكروهة أشد الكراهة (وحكمه ان المشترى اذا قبض المبيع برضا بائعه صريحا أو دلالة) بان قبضه فى مجلس العقد بحضرته ولم ينهه (ملكه) وقال الشافعى لا يملكه وان قبضه لانه حرام فلا ينال به نعمة الملك ولان النهى نسخ للمشروعية لتناف بينهما ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من أهله ووقع فى محله فوجب القول بانعقاده ولا شك فى الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وهو حاصل والنهى عن الافعال الشرعية يقتضى تقرير المشروعية لانه يقتضى تصور المنهى عنه اذ النهى عما لا يتصور لغو وتحقيقه ما ذكرت فى مرقاة الاصول ان مدار الامر والنهى المقدورية والنهى عن الافعال الحسية يقتضى كونها مقدورة حسا وعن الامور العقلية يقتضى كونها مقدورة عقلا وعن الافعال الشرعية يقتضى كونها مقدورة شرعا والا كان عبثا محضا فان الطيران من الامور الحسية فاذا قلت لشخص لا تطر يستنكره كل من يسمعه لانتفاء القدرة وكذا اذا قلت للاعمى لا تبصر والبيع من الافعال الشرعية فاذا نهى عنه وجب ان يكون مقدورا شرعا وهو المعنى بقول علمائنا النهى عن الفعل الشرعى يقتضى المشروعية باصله وغير المشروعية بوصفه فان الاول ناظر الى المقدورية شرعا والثانى الى النهى فنفس البيع مشروع وبه ينال نعمة الملك انما الحرمة لامر عارض وعدم ثبوت الملك قبل القبض حذرا عن تقرير الفساد المجاور ولانه واجب الدفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى لان الدفع أسهل من الرفع والميتة ليست بمال فانعدم الركن وان كان الخمر مثمنا فقد مر وجهه (ولزمه) أى ان هلك المقبوض فى يد المشترى لزمه (مثله حقيقة) وهو الذى يماثله صورة ومعنى ان كان الهالك مثليا (أو) مثله (معنى) فقط وهو القيمة ان كان الهالك قيميا لانه مضمون

بالقبض

(قوله جاز أمر المسلم ذميا ببيع خمر الخ) يعنى عند أبى حنيفة مع الكراهة المذكورة (قوله وقالا لا يجوز) هو الاظهر والمراد بنفى الجواز البطلان لما قال فى البرهان وتوكيل مسلم ذميا بشراء خمر وبيعها ومحرم حلالا ببيع صيد مكروه عندنا وابطلاه وهو الاظهر اه (قوله وحكمه ان المشترى اذا قبض المبيع برضا بائعه صريحا) الصريح يشمل ما بعد المجلس (قوله أو دلالة بأن قبضه فى مجلس العقد) قصر الدلالة قاصر لانها تشمل ما بعد المجلس اذا كان الثمن مقبوضا نص عليه فى البحر والمتن يحتمله (قوله ملكه) أقول لكن لا يحل للمشترى الانتفاع به فانه مكروه كراهة التحريم وقال الكمال والوجه أن يكون الانتفاع به حراما كبيع وأكل ووطء واذا رد أو استرد لزمه العقر للبائع اه وقال الاتقانى فى غاية البيان لو استولدها صارت أم ولده ويغرم القيمة ولا يغرم العقر فى رواية كتاب البيوع واحدى الروايتين فى كتاب الشرب وفى رواية أخرى فى كتاب الشرب عليه العقر اه وأقول فى لزوم العقر تأمل لان ملك المشترى حاصل بتسليط من البائع سواء قلنا يملكه العين على الاصح أو قلنا يملكه المنفعة فقط على رأى العراقيين (قوله وان كان الخمر مثمنا فقد مر وجهه) والوجه انها لما كانت مبيعا مقصودا يجعل ثمنها دراهم والخمر لم يكن محلا للتمليك بطل بيعها واذا كانت مبيعا من وجه ثمنا باعتبار العرض فسد فيه ووجب قيمته لكونه مبيعا من وجه وهو محل للتمليك

بالقبض كالغصب ويعتبر قيمته يوم القبض وان زادت قيمته في يده فأتلفه لانه دخل في ضمانه بالقبض فلا يعتبر كالمغصوب كذا في الكافي (ويجب على كل منهما) أي المتبايعين لم يقل لكل منهما اشارة الى وجوب الفسخ واللام تفيد الجواز (فسخه قبل القبض) دفعا للفساد (كذا بعده) أي بعد القبض (مادام) أي المبيع (في يد المشتري) لم يقل ان كان الفساد في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين ولمن له الشرط ان كان بشرط زائد لما نقل صدر الشريعة عن الذخيرة وصاحب الخلاصة عن التجريد انه قول محمد واما عندهما فلكل منهما حق الفسخ لان الفسخ لحق الشرع لا لحق أحد المتعاقدين فانهما راضيان بالعقد (فان باعه) أي باع المشتري شراء فاسدا ما قبضه (او وهبه وسلمه او اعتقه نفذ بيعه وهبته واعتاقه) لانه لما ملكه ملك التصرف فيه فلا يتصور الفسخ فيه لتعلق حق العبد بالتصرف الثاني وفسخ البيع الاول كان لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته (فعليه قيمته) لما مر أنه مضمون بالقبض كالغصب والكتابة والرهن كالبيع لانهما لازمان فيثبت بعجزه عن رد العين فيلزمه القيمة الا ان حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع قبل تحول الحق الى القيمة كذا في الكافي (ولا يشترط القضاء في فسخ الفاسد) لان الواجب شرعا لا يحتاج الى القضاء (ولا يبطل حق الفسخ بموت احدهما) أي أحد من البائع والمشتري وبه يفتى كذا في الخلاصة وفيه زيادة تفصيل فمن أراده فلينظره ثمة (ولا يأخذه البائع) أي لا يأخذ المبيع بائعه بعد الفسخ (حتى يرد ثمنه) لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن (فان مات) أي البائع (فالمشتري احق به) أي بما اشتراه (حتى يأخذ ثمنه) لانه مقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالمرتهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد في الاصح وان كانت مستهلكة أخذ مثلها لانها مثلية (طاب للبائع ما ربح في الثمن لا للمشتري في المبيع) صورته اشترى جارية شراء فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن قال في الهداية والفرق أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وقال صدر الشريعة فان قيل ذكر في الهداية في المسئلة السابقة فيما اذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين بالتعيين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب فهذا مناقض ما قلتم من عدم تعيين الدراهم والدنانير قلنا يمكن التوفيق بينهما بان لهذا العقد شبهين شبه الغصب وشبه البيع فاذا كانت قائمة اعتبر شبه الغصب سعيا في رفع العقد الفاسد فاذا لم تكن قائمة فاشترى بها شيأ يعتبر شبه البيع حتى لا يسري الفساد الى بدله لما ذكرنا من شبهة الشبهة أقول لا يخفى على المتأمل المنصف أن ما ذكر لا يفيد التوفيق بين كلامي الهداية وانما يفيد دليلا للمسئلة لا يرد عليه ما يرد على الهداية فالوجه ما قال في العناية انه انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين لا على الاصح وهي ما مر انها تتعين في البيع الفاسد اعلم أن الخبث في المال

(قوله لانه مقدم عليه في حياته) فكذا على ورثته كذا مقدم على تجهيزه كما في التبيين (قوله واذا لم تكن قائمة فاشترى بها شيأ يعتبر شبه البيع) بشرائه بها وهي معدومة وفي نسخة بالواو الحالية فلا اعتراض

(قوله ووقف بيع مال الغير على اجازته) فان أجاز نفذ البيع عليه وظاهره انه لا فرق بين بيعه بما يتعين أو بغيره وليس مرادا

نوعان خبث لعدم الملك ظاهرا وخبث لفساد في الملك والمال أيضا نوعان ما يتعين
كالعروض ومالا يتعين كالنقود فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين كالمودع
والغاصب اذا تصرف في العرض أو النقد وربح يتصدق بالربح عند أبي حنيفة
ومحمد لتعلق العقد بمال الغير ظاهرا فيما يتعين فيتمكن حقيقة الخبث وفيما لا يتعين
يتمكن شبهة الخبث لتعلق العقد به من حيث تكون سلامة المبيع به أو تقدير الثمن
فصار ملك الغير وسيلة الى الربح من وجه فيتمكن فيه شبهة الخبث وأما الخبث
لفساد الملك فيعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين لان فساد الملك دون عدم الملك
فينقلب حقيقة الخبث فيما يتعين ثمة شبهة ههنا فتعتبر وشبهته فيما لا يتعين ثمة
تنقلب شبهة الشبهة هنا فلا تعتبر (كما طاب ربح مال ادعاه فقضى ثم ظهر عدمه
بالتصادق) صورته ادعى على رجل مالا فقضاه فربح فيه المدعي ثم تصادقا على
أن هذا المال ليس على المدعى عليه فالربح طيب لان الخبث هنا لفساد الملك لان
الدين وجب بالاقرار ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما
لا يتعين (بنى في دار شراها فاسدا أو غرس) في أرض شراها فاسدا (لزمه قيمتهما)
أي قيمة الدار والارض وقالا ينقض البناء وترد الدار وكذا الغرس لان حق الشفيع
أضعف من حق البائع اذ يحتاج فيه الى القضاء أو الرضا ويبطل بالتأخير ولا يورث
بخلاف حق البائع والاضعف اذا لم يبطل بشئ فالاقوى أولى أن لا يبطل به وحق
الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس فحق البائع كذلك وله أن البناء والغرس حصلا
للمشتري بتسليط من جهة البائع فكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد
كالبيع الحاصل من المشتري بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه ولهذا
لو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفيع وكذا لو باعها من آخر فانه يأخذ بالشفعة
بالبيع الثاني بالثمن أو بالاول بالقيمة وان لم يكن في الفاسد شفعة لان حق
البائع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه أقوى من
حق البائع لوجوده منه ثم لما فرغ من بيان البيع الفاسد وأحكامه شرع في بيان
البيع الموقوف وأحكامه فقال (ووقف بيع مال الغير) على اجازته (و) بيع
(العبد والصبي المحجورين) على اجازة مولاه وعلى اجازة الأب أو الوصي (و) بيع
(ماله من فاسد عقل غير رشيد) على اجازة القاضي (وبيع المرهون والمستأجر
وأرض في مزارعة الغير) على اجازة المرتهن والمستأجر والمزارع ولو تفاسخا الاجارة
لزمه أن يسلمه الى المشتري وكذا لو قضى الراهن المال أو أبرأه المرتهن ورد الرهن
عليه تم البيع (وبيع شئ برقمه) والبائع يعلم المشتري لا يعلم توقف ان علم المشتري
في مجلس البيع نفذ وان تفرقا قبل العلم بطل (وبيع المبيع من غير المشتري) يعني
باع شيأ من زيد ثم باعه من بكر لا ينعقد الثاني حتى لو تفاسخا الاول لا ينفذ الثاني
لكن يتوقف على اجازة المشتري ان كان بعد القبض وان كان قبله في المنقول لا في
العقار فعلى الخلاف المعروف الذي سيأتي (و) بيع (المرتد) عند أبي حنيفة وقد مر

فانه قال في الخانية رجل باع عبد غيره
بغير اذن المولى بعرض بعينه أو بشئ
بعينه سوى الدراهم والدنانير ثم أجاز
مولى العبد جاز بيعه والمشتري بالعبد
يكون للمشتري وعليه قيمة العبد لمولاه
فان اشتراه ذلك الشئ لا يتوقف وكان
مشتريا لنفسه قاضيا ثمنه بالعبد باذن
المولى فيكون المشتري بالعبد له اه فبهذا
يعلم ان محل لزوم البيع على المالك فيما
اذا بيع بما لا يتعين فليتنبه له فانه مما
يغفل عنه (قوله وبيع ماله الخ) هذا
التركيب فيه نظر والمسئلة من الخانية
الصبي المحجور اذا بلغ سفيها يتوقف بيعه
وشراؤه على اجازة الوصي أو القاضي اه
وفي الخلاصة اذا باع ماله وهو غير رشيد
يتوقف على اجازة القاضي اه (قوله
وبيع المرهون والمستأجر) هذا في أصح
الروايات الا أن المرتهن يملك نقض
البيع ويملك اجازته والمستأجر يملك
الاجازة لا الفسخ وسيذكر المصنف في
الرهن ان المرتهن ان فسخ لم ينفسخ في
الاصح (قوله ولو تفاسخا الخ) يخالفه
ما قال في الخانية فان لم يجز المستأجر حتى
انفسخت الاجارة بينهما ينفذ البيع
السابق وكذا المرتهن اذا لم يفسخ البيع
حتى فك الرهن ينفذ البيع اه والذي
في قاضيخان نفذ البيع ولا يفسد وحينئذ
فلا مخالفة بين كلام المصنف وقاضيخان
(قوله وبيع الشئ برقمه) من قبيل الفاسد
لا الموقوف (قوله ان علم في مجلس البيع
نفذ) فيه نظر لان النافذ لازم وهذا فيه
الخيار بعد العلم بقدر الثمن في المجلس
(قوله وان تفرقا قبل العلم بطل) غير مسلم
لان هذا فاسد يفيد الملك بالقبض وعليه
قيمته بخلاف الباطل (قوله وان كان
قبله في المنقول لا في العقار) سقط منه
حرف الواو في العقار فاختل والخلاف المعروف في بيع العقار قبل قبضه لا كما ذكر هنا لكن قد يقال في
لما كان الحكم متحدا ساغ هذا التعبير وعبارة الخلاصة وان كان قبل القبض في المنقول لا وفي العقار على الخلاف المعروف اه

(قوله او بمثل ما أخذ فلان) مستغنى عنه بقوله قبله والبيع بما باع فلان وهذا من قبيل الفاسد لا الموقوف (قوله ان علم في المجلس صح) أي وله الخيار (قوله والا بطل) غير مسلم فانه فاسد يفيد الملك بالقبض كما تقدم (قوله في شرح الشافي انه لا يجوز) يعني فيكون فاسدا فان علم الثمن في المجلس تخير (قوله وبيع الشئ بقيمته لم يجز للجهالة)

فوجهه الفساد لا التوقف كما في المعطوف

في بابه (و) البيع (بما باع فلان) والبائع يعلم والمشتري لا يعلم ان علم في المجلس صح والا بطل (والبيع بمثل ما يبيع الناس به أو بمثل ما أخذ به فلان) ذكر في شرح الشافي انه لا يجوز وفي نسخة الامام السرخسي هذا اذا لم يعلم المشتري بذلك فان علم في المجلس فعن أبي حنيفة فيه روايتان وبيع الشئ بقيمته لم يجز للجهالة ولو عينت في المجلس جاز (وبيع فيه خيار المجلس) وقد مر في أول البيوع (وبيع الغاصب) فانه موقوف على اجازة المالك ان أقر به الغاصب تم البيع وان جحد وللمغصوب منه بينة فكذلك وان لم تكن ولم يسلمه حتى هلك ينتقض البيع (وحكمه) أي حكم البيع الموقوف (انه انما يقبل الاجازة اذا كان البائع والمشتري والمبيع قائما) المراد بكون المبيع قائما أن لا يكون متغيرا بحيث يعد شيئا آخر فانه لو باع ثوب غيره بغير أمره فصبغه المشتري فأجاز رب الثوب البيع جاز ولو قطعه وخاطه ثم أجاز البيع لا يجوز لانه صار شيئا آخر (كذا الثمن لو) كان (عرضا) أي كما يشترط قيام المبيع يشترط قيام الثمن أيضا اذا كان عرضا (وصاحب المتاع أيضا) أي كما يشترط قيام المبيع والثمن المذكورين يشترط قيام صاحب المتاع المبيع حتى لو باع متاع غيره فمات صاحب المتاع قبل ان يجيز البيع فأجاز وارثه لا يجوز (و) حكمه أيضا (ان أخذ الثمن) أي أخذ المالك الثمن (أو طلبه) من المشتري (ليس باجازة) للبيع الموقوف (واختلف في أحسنت) فقيل اجازة وقيل لا (و) قوله (لا أجيز رده) أي للبيع الموقوف بخلاف المستأجر فانه اذا قال لا أجيز بيع الاجير ثم أجاز جاز كل ذلك من الخلاصة * ثم لما فرغ من البيع الموقوف وأحكامه شرع في بيان البيع المكروه وحكمه فقال (وكره البيع عند الاذان الاول للجمعة) لان فيه اخلالا بواجب السعي اذا قعدا أو وقفا يتبايعان وأما اذا تبايعا وهما يمشيان فلا كراهة (و) كره (النجش) وهو ان يزيد في الثمن ليرغب غيره ولا يريد الشراء لقوله صلى الله عليه وسلم لا تناجشوا (و) كره (السوم على سوم غيره بعد رضاهما بثمن) لقوله صلى الله عليه وسلم لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه فانه نهي بصيغة النفي وهو أبلغ فاما اذا ساومه بشئ ولم يركن أحدهما الى صاحبه فلا بأس للغير ان يساومه ويشتريه فانه بيع من يزيد ولذا قال (بخلاف بيع من يزيد) فانه جائز لورود الاثر وهو محمل النهي في الخطبة أيضا (و) كره أيضا (تلقي الجلب) أي ان يتلقى بعض أهل البلد المجلوب من خارج البلد اليه من الطعام (المضر لاهل البلد) للنهي عنه ولان فيه تضييق الامر على الحاضرين فان كان لا يضر فلا بأس به الا اذا لبس السعر على الواردين واشترى بأقل من القيمة

عليه فشرحه خير من متنه (قوله ولو عينت في المجلس جاز) أى لارتفاع الفساد ويخير المشتري فيه (قوله وبيع فيه خيار المجلس) ليس من الموقوف والخيار المشروط المقدر بالمجلس صحيح وله الخيار مادام فيه واذا شرط الخيار ولم يقدر له أجل كان له الخيار بذلك المجلس فقط كما في الفتح (قوله وقد مر في أول البيوع) ذلك خيار المجلس الذي لم يشرط في العقد لا نقول به خلافا للشافعي رحمه الله تعالى أما المشروط فيه فصحيح اتفاقا (قوله ان أقر به الغاصب تم البيع الخ) فيه تسامح (قوله وحكمه انه انما يقبل الاجازة اذا كان البائع والمشتري والمبيع قائما) أقول هذا بخلاف النكاح اذ لا يشترط فيه قيام المزوج كما في الخلاصة (قوله كذا الثمن لو كان عرضا) أقول وتكون الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد لان الشراء لا يتوقف اذا وجد نفاذا وهو نافذ هنا على الفضولي وصار مستقرضا عرض المجيز ضمنا فعليه قيمته له وقرض القيمي ضمنا جائز كما في الفتح وغاية البيان وأما اذا كان الثمن غير عرض فالثمن يكون للمجيز وهي اجازة عقد كما قدمناه وظاهره شمول بيع النقد بالنقد صرفا فيكون اجازة عقد فليتأمل (قوله وحكمه أيضا ان أخذ الثمن أو طلبه ليس باجازة) فيه نظر فان عبارة الخلاصة ثم في البيع الموقوف اذا أخذ الثمن أو طلبه يكون اجازة وهو الصواب (قوله كل ذلك من الخلاصة) فيه التأمل الذي علمته ومن

هذا القبيل قول قاضيخان ومن البيوع الموقوفة البيع بشرط الخيار (قوله وأما اذا تبايعا وهما يمشيان فلا كراهة) قال الزيلعي رحمه الله تعالى وهذا مشكل فان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فمن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالرأي (قوله وكره النجش) بفتحتين وروى بالسكون وانما يكره فيما اذا كان الراغب في السلعة يطالبها بمثل ثمنها أما اذا طلبها بدون ثمنها فلا بأس بأن تزيد الى أن تبلغ قيمتها (قوله وهو محمل النهي في الخطبة) يتأمل في مرجع ضميره وافادته حكمه

(وبيع الحاضر للبادي زمان القحط) لقوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلد في قحط وهو يبيع من اهل البدو رغبة في الثمن الغالي فيكره لانه اضرار بهم فان لم يكن كذلك فلا بأس به لعدم الاضرار وقيل صورته ان يجيء البادي بالطعام الى مصر فيتوكل الحاضر عن البادي ويبيع الطعام ويغالي السعر على الناس فانه منهي عنه فانه لو تركه لباع بنفسه ورخص في السعر (والتفريق بين صغير وذي رحم محرم منه) لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه وبين احبته يوم القيامة ووهب صلى الله عليه وسلم لعلي غلامين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال صلى الله عليه وسلم ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير ينفق على الصغير ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة فكان في بيع احدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه (بخلاف الكبيرين) اذ ليس هنا ترك المرحمة عليهما (والزوجين) لان النص معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به (وحكمه) اي حكم البيع المكروه (انه لا يفسد) لان النهي باعتبار معنى مجاور للبيع لا في صلبه ولا في شرائط صحته ومثل هذا النهي لا يوجب الفساد بل الكراهة (ولا يجب فسخه) لان وجوبه في الفاسد لدفع الحرمة ولا حرمة ههنا (ويملك المبيع قبل القبض) لما مر ان عدم ثبوت الملك قبل القبض في البيع الفاسد حذرا عن تقرير الفساد المجاور ولا فساد ههنا (ويجب الثمن لا القيمة) ان هلك المقبوض في يد المشتري لان وجوب المثل او القيمة في البيع الفاسد لكونه في حكم الغصب وهذا ليس كذلك

﴿باب الاقالة﴾

(هي) لغة الاسقاط والرفع وشرعا (رفع البيع وتصح بلفظين احدهما مستقبل) في شرح القدوري الاقالة تثبت بلفظين احدهما يعبر به عن الماضي والآخر عن المستقبل كقول الرجل اقلني ويقول صاحبه اقلتك وقال محمد هي كالبيع لا تصح الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي وفي الفتاوى اختار قول محمد كذا في الخلاصة (وتتوقف على قبول الآخر في المجلس) في التجريد يتوقف قبول الاقالة على المجلس وكما يصح قبولها في مجلسها بالقول يصح قبولها دلالة بالفعل كما اذا قطعه قميصا فور قالة المشتري (وهي فسخ فيما هو من موجبات العقد) قال الزيلعي قولهم فسخ في حق المتعاقدين غير مجرى على اطلاقه لانه انما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد من غير شرط واما اذا لم يكن منها بل وجب بشرط زائد فالاقالة فيه تعتبر بيعا جديدا في حق المتعاقدين ايضا كما اذا اشترى بالدين المؤجل عينا

(قوله حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع احدهما) كذا لا بأس به اذا تعذر اخراج احدهما بالتدبير وللاستيلاد والكتابة وله اعتاق احدهما وبيعه ممن حلف بعتقه ان اشتراه او ملكه

﴿باب الاقالة﴾

قال العيني هي مصدر من اقال اجوف يائي ومعناها القلع والرفع اه وقال الكمال قيل الاقالة من القول والهمزة للسلب فاقال بمعنى ازال القول الاول وهو البيع كاشكاه ازال شكايته ودفع بانهم قالوا قلته بالكسر فهو يدل على ان عينه ياء لا واو فليس من القول ولانه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو وايضا ذكر في مجموع اللغة قال البيع قيلا واقالة فسخه اه وكذا ذكره مثله العيني مصرحا بانه لو كان من القول لقيل قاله بالضم (قوله وتصح بلفظين) قال الكمال ولا يتعين مادة قاف لام بل لو قال تركت البيع وقال الآخر رضيت او اجزت تمت ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما اذا قطعه قميصا في فور قول المشتري اقلتك وتنعقد بفاسختك وتاركتك اه فقول الجوهرة ولا تصح الا بلفظ الاقالة حتى لو قال البائع للمشتري بعني ما اشتريت مني بكذا فقال بعت فهو بيع بالاجماع فيراعى فيه شرائط البيع اه ليس المراد به حصر جوازها بلفظ الاقالة دون المتاركة والدلالة بل الاحتراز عن عدم صحتها بلفظ البيع اه (قوله الاقالة تثبت بلفظين احدهما يعبر به عن الماضي) اي عند ابي حنيفة وابي يوسف اقالته بقول محمد وبه صرح في الجوهرة وهكذا ذكره في الدراية والذي في فتاوى قاضيخان ان قول ابي حنيفة كقول محمد اه كذا في الفتح (قوله وفي الفتاوى اختار قول محمد) جعله المصنف مقابلا لما مشى عليه متنا مع ترجيح قول محمد ايضا كون الامام معه على ما في قاضيخان

قبل حلول الاجل ثم تقايلا عاد الدين حالا كأنه باعه منه وكما اذا تقايلا ثم ادعى رجل ان المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك لم تقبل شهادته كأنه هو الذي باعه ثم شهد انه لغيره ولو كانت فسخا لقبلت الا يرى ان المشتري لو رد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع رجل وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته اذ بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقيا من جهة المشتري لكونه فسخا من كل وجه وفرع على كونها فسخا فروعا ذكر الاول بقوله (فبطلت) اى الاقالة (بعد ولادة المبيعة) لامتناع الفسخ بسبب الزيادة ولو كانت بيعا صحت لجواز قالوا هذا اذا ولدت بعد القبض وأما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وذكر الثاني بقوله (وصحت بمثل الثمن الاول الا اذا باع المتولي او الوصي شيأ باكثر من قيمته) حيث لا يجوز اقالته وان كان بمثل الثمن الاول رعاية لجانب الوقف وحق الصغير (وان) وصلية (شرط غير جنسه) اى جنس الثمن الاول (أو اكثر منه) اى من الثمن الاول (أو الاقل) اى صحت الاقالة بمثل الاول وان شرط غيره أما الاول فلان الاقالة فسخ والفسخ لا يكون الا على الثمن الاول وأما الثاني فلان الشرط فاسد والاقالة لا تفسد بالشرط الفاسد كما سيأتي (الا اذا تعيب) اى المبيع عند المشتري استثناء من قوله أو الاقل فان الاقالة حينئذ تجوز باقل من الثمن الاول لان نقصان الثمن يكون بمقابلة الفائت بالعيب وذكر الثالث بقوله (ولا تفسد بالشرط) لان فساد البيع به للزوم الربا كما مر ولا ربا في الفسخ وذكر الرابع بقوله (وجاز للبائع بيع المبيع قبل قبضه) يعني اذا تقايلا ولم يرد المشتري المبيع حتى باعه منه ثانيا جاز ولو كانت بيعا لفسد لانه باعه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لم يجز لانه بيع جديد في حق غيرهما وذكر الخامس بقوله (و) جاز (بيع المكيل والموزون بلا اعادة الكيل والوزن) يعني اذا كان المبيع مكيلا أو موزونا وقد باعه منه بالكيل او الوزن ثم تقايلا واسترد المبيع من غير أن يعيد الكيل أو الوزن جاز ولو كانت بيعا لم تجز وذكر السادس بقوله (و) جاز (هبة المبيع للمشتري بعد الاقالة قبل القبض) يعني اذا وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت بيعا لم تجز لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض (وبيع في حق ثالث) عطف على قوله فسخ قال في النهاية الخلاف فيما اذا ذكر الفسخ بلفظ الاقالة ولو ذكر بلفظ المفاسخة او المتاركة لا يجعل بيعا اتفاقا لانعدام الموضوع اللغوي وقد فرع على كونها بيعا فروعا ذكر الاول بقوله (فتسليم الشفعة في المبيع لا ينافي أخذها في الاقالة) يعني لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا يقضى له بالشفعة لكونه بيعا جديدا في حقه كأنه اشتراه منه وذكر الثاني بقوله (ولا يرد البائع الثاني على الاول بعيب علمه بعدها) اى بعد الاقالة يعني اذا باع المشتري المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان في يد البائع فان اراد أن يرده على البائع ليس له ذلك لانه بيع في حقه كأنه اشتراه

(قوله قالوا هذا اذا ولدت بعد القبض) صيغة قالوا تذكر فيما فيه خلاف ولم أره والكمال قيد المسئلة بالقيد المذكور جازما به دون هذه الصيغة معللا بأن الزيادة المنفصلة كالولد والارش والعقر اذا كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض فلا تمنع والزيادة المتصلة كالسمن لا تمنع سواء كانت قبل القبض أو بعده (قوله الا اذا باع المتولي او الوصي باكثر من قيمته) يعني أو اشترى باقل من القيمة ونص على شراه المتولي في فتح القدير والوصي مثله في الحكم نظرا للصغير والوقف (قوله الا اذا تعيب المبيع الخ) كذا في فتح القدير وظاهره الاطلاق وقيده الزيلعي فقال ولهذا اشترط أن يكون النقصان بقدر حصة ما فات من العيب ولا يجوز أن ينقص أكثر منه كذا أفاده الشيخ علي المقدسي رحمه الله وقيد بالعيب لما قال الكمال (فرع) باع صابونا رطبا ثم تقايلا بعد ما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شئ لان كل المبيع باق (قوله يعني اذا تقايلا ولم يرد المشتري المبيع الخ) انما ذكر العناية لتقييده بيعه من المشتري وقوله ولو باعه من غير المشتري لم يجز يفيد انه لو كان غير منقول كالعقار جاز بيعه لغير المشتري أيضا وهذا عندهما خلافا لمحمد كما في الجوهرة والفتح (قوله قال في النهاية الخلاف فيما اذا ذكر الفسخ بلفظ الاقالة الخ) يوضحه قول الجوهرة انما جعلت الاقالة فسخا في حق المتعاقدين عملا بلفظ الاقالة لان لفظها ينبئ عن الفسخ والرفع وانما جعلت بيعا في حق غيرهما عملا بمعنى الاقالة لا بلفظها لانها في المعنى مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا حد البيع فاعتبرنا اللفظ في حق المتعاقدين واعتبرنا المعنى في حق غيرهما عملا بالشبهين وانما لم نعكس بأن نعتبر اللفظ في حق غيرهما والعمل بالمعنى في حقهما لان اللفظ قائم بالمتعاقدين واللفظ لفظ الفسخ فاعتبرنا جانب اللفظ في حق المتعاقدين لقيام اللفظ بهما واذا اعتبرنا اللفظ الفسخ في حقهما تعين العمل بالمعنى في حق غيرهما الا محالة للعمل بالشبهين

من المشتري منه وذكر الثالث بقوله (وليس للواهب الرجوع اذا باع الموهوب له الموهوب من آخر فتقايلا) يعني اذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب أن يرجع في هبته لان الموهوب له في حق الواهب كالمشتري من المشتري منه وذكر الرابع بقوله (والمشتري اذا باع المبيع من آخر قبل النقد جاز للبائع شراؤه منه بالاقل) يعني اذا اشترى شيأ وقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه منه قبل نقد ثمنه بأقل من الثمن الاول جاز وكان في حق البائع كالمملوك بشراء جديد من المشتري الثاني وذكر الخامس بقوله (واذا اشترى) بعروض التجارة عبد الخدمة بعد الحول ووجد به عيبا فرده بغير قضاء (واسترد العروض فهلكت في يده لم تسقط الزكاة) يعني اذا اشترى بعروض التجارة عبد الخدمة بعد ما حال عليها الحول فوجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت في يده فان الزكاة لا تسقط عنه لانه بيع جديد في حق الثالث وهو الفقير لان الرد بغير قضاء اقالة (وهلاك المبيع يمنعها) أي الاقالة (لا هلاك الثمن) لانها رفع البيع والاصل فيه المبيع لا الثمن ولهذا اذا هلك المبيع قبل القبض بطل البيع بخلاف هلاك الثمن (وهلاك بعضه) أي بعض المبيع يمنعها (بقدره) اعتبارا للبعض بالكل ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك أحدهما ولا تبطل بهلاكه لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقيا

﴿باب المرابحة والتولية والوضيعة﴾

(الاولى بيع ما ملكه) لم يقل بيع المشتري ليتناول ما اذا ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجد حيث جاز له أن يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن وان لم يكن فيه شراء (بمثل ما قام عليه) لم يقل بثمنه الاول لان ما أخذه من المشتري ليس ثمنه الاول بل مثله وقال بمثل ما قام عليه ليأتي ان له ان يضم أجر القصار ونحوه الى الثمن ويقول قام علي بكذا (بزيادة) على ما قام عليه وان لم تكن من جنسه (والثانية بيعه به) أي بما قام عليه (بدونها) أي بدون الزيادة (والثالثة بيعه بأقل منه) أي مما قام عليه (وشرطها) أي البيوع الثلاثة (شراؤه) أي شراء ما يبيعه مرابحة أو نحوها (بمثلي) من الموزونات والمكيلات والعدديات المتقاربة (أو مملوكه من البائع الاول) واللام في (للمشتري) متعلق بمملوك (والربح مثلي معلوم) جملة حالية يعني ان هذه البيوع لا تصح اذا كان عوض المبيع الذي اشتراه البائع سابقا قيميا لان مبناها على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها والاحتراز عن الخيانة في القيميات أن أمكن فقد لا يمكن الاحتراز عن شبهتها لان المشتري لا يشتري المبيع الا بقيمة ما دفع فيه من الثمن اذ لا يمكن دفع عينه حيث لا يملكه ولا دفع مثله اذ الفرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالظن والتخمين فيتمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشتري مرابحة ممن ملك ذلك البدل من البائع الاول بسبب من الاسباب فاشتراه مرابحة بربح معلوم من دراهم

(قوله والمشتري اذا باع من آخر الخ) حيلة لشرائه بأقل مما باع قبل نقد ثمنه (قوله وذكر الخامس الخ) يزاد سادس هو لو كان المبيع صرفا فالتقابض من كلا الجانبين شرط لصحة الاقالة فيجعل في حق الشرع كبيع جديد كما في الجوهرة والفتح (قوله وهلاك بعضه بقدره) قال في الجوهرة لو كان المبيع عبدا فقطعت يده عند المشتري وأخذ أرشها ثم تقايلا لا رد الثمن كله وأخذ العبد ولا شيء للبائع من ارش اليد وبطلب المشتري اه (قوله ولو تقايضا) بالياء المثناة من تحت أي تبايعا بيع المقايضة فهلك أحد العوضين جازت الاقالة وعلى مشتري الهالك قيمته أو مثله ان كان مثليا ويسلمه الى صاحبه ويسترد العين منه وكذا لو تقايلا والمعقود عليهما اثمان ثم هلك أحدهما صحت ولو هلك الآخر قبل الرد بطلت الاقالة وتصح الاقالة بعد هلاك عرض جعل رأس مال السلم وقبضه المسلم اليه ويضمن قيمة الهالك أو مثله كما في حقيقة المقايضة وهلاك البدلين في الصرف غير مانع من الاقالة لعدم لزوم رد عين المقبوض بعد الاقالة بل يرده أو مثله فلا تتعلق الاقالة بعينهما بخلاف غيره من المبايعات فانه يتعلق بعين المبيع من الفتح والجوهرة

﴿باب المرابحة والتولية والوضيعة﴾

(قوله الاولى بيع ما ملكه الخ) يرد عليه المثلي اذا غيبه الغاصب وقضى عليه بمثل ما ملكه ولا يجوز له بيعه بأزيد منه لكونه ربا ولا يرد على من قال بيع بمثل الثمن الاول (قوله وشرطها شراؤه) يرد عليه المغصوب القيمي اذ ليس فيه شراء فكان المناسب لما عبر به أن يقول وشرطها ملكه والالزمه ما فر منه

اوشئ من المكيل أو الموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم وأما اذا اشتراه بربح ده يازده فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال فصار البائع بائعا للمبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلا وبجزء من أحد عشر جزأ من الثوب والجزء الحادى عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز (وله) أي للبائع (ضم أجر القصار والصبغ) بالفتح مصدر وبالكسر ما يصبغ به (والطراز) علم الثوب (والفتل والحمل وطعام المبيع وكسوته وسوق الغنم والسمسار المشروط أجره في العقد) فان أجرة السمسار ان كانت مشروطة في العقد تضم والا فأكثر المشايخ على أنها لا تضم بخلاف أجرة الدلال فانها لا تضم اتفاقا (الى ثمنه) متعلق بقوله ضم وانما ضمت اليه لانها تزيد في عين المبيع كالصبغ واخواته أو في قيمته كالحمل والسوق لان القيمة تختلف باختلاف المكان فيلحق اجرتها برأس المال وان فعل المشتري بيده شيأ مما ذكر من الفتل ونحوه لا يضمه وبابه كل ما يزيد في المبيع أو قيمته يضم وما لا فلا ذكره الزيلعي (لا) أي ليس له (ضم أجر الطبيب) لانه لا يزيد شيأ في العين ولا في القيمة (و) أجر (المعلم) لان اجره لم يزد مالية المبيع فان التعلم حصل فيه لذهنه وشغله غايته أن يكون تعليمه شرطا وهو لا يكفي في الضم (والدلال والراعي ونفقة نفسه) فانها لا تزيد في المبيع شيأ بخلاف أجر السمسار المشروط ونفقة المبيع كما مر (وجعل الآبق وكراء بيت الحفظ) فانهما أيضا لا يزيدان شيأ بخلاف كراء المبيع فانه يضم لافادته زيادة في القيمة (ويقول) البائع حين البيع وضم ما يجوز ضمه (قام على بكذا لا اشتريته بكذا) تحرزا عن الكذب (خان) أي البائع (في المرابحة) أي ظهر خيانته بالبينة أو باقراره أو بنكوله خير المشتري ان شاء (أخذه) أي المبيع (بثمنه أو رده وفي التولية حط) اذ لو لم يحط في التولية لم تبق تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيصير مرابحة فيتغير به التصرف ولو لم يحط في المرابحة تبقى مرابحة على حالها وان كان الربح أكثر مما ظنه المشتري فلا يتغير التصرف ويثبت له الخيار لفوات الرضا (ولو هلك المبيع) أو استهلكه في المرابحة (قبل الرد أو حدث به مانع منه) أي من الرد (لزمه

(قوله وأما اذا اشتراه بربح ده يازده فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وببعض قيمته) قال الكمال فان معنى ده يازده كل عشرة أحد عشر وهذا فرع معرفة العشرات وهو بتقويم العبد وهذا بناء على ان لفظ ده يازده معناه العشرة أحد عشر أي كل عشرة ربحها واحد يقتضي أن يكون الحادى عشر من جنس العشرة ولا شك انه غير لازم من مفهوم ذلك ولكن لزم ذلك رفعا للجهالة ولا تثبت وحينئذ فالمرابحة على العبد بده يازده يقتضي انه باعه بالعبد وببعضه أو بمثل بعضه وهو كل عشرة أجزاء من العبد ربحها جزء آخر منه وحين عرف ان المراد كل عشرة دراهم أحد عشر لزم حينئذ ما ذكروه وانه باعه بالعبد وببعض قيمته اه (قوله والسمسار المشروط أجره في العقد) هذا خلاف ظاهر الرواية لما قال الكمال ويضم أجرة السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع البرامكة لا يضم لان الاجارة على الشراء لا تصح الا ببيان المدة وبه ظاهر الرواية العرف وقيل ان كانت مشروطة في العقد تضم اه (قوله وطعام المبيع) قال الكمال الا ما كان سرفا أي فيسقط الزائد على المعروف ويحسب ما عداه اه ويضم علف الدواب الا أن يعود عليه شئ متولد منها كألبانها وبيضها وأصوافها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف أجر الدابة والعبد والدار فانه يرابح مع ضم ما أنفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين اه (قوله بخلاف أجرة الدلال فانها لا تضم اتفاقا) مبناه على العادة لما قال الكمال وقيل أجرة الدلال لا تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار اه (قوله وان فعل المشتري بيده الخ) كذا لا يضم منها شيأ تطوع به متطوع كما في الفتح (قوله وأجر المعلم الخ) قال الكمال لا يخفى ما فيه اذ لا شك في حصول الزيادة بالتعليم ولا شك انه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا يمنع نسبته الى التعليم كما لا يمنع نسبته الى الصبغ وانما هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم وفي المبسوط اضاف ضم المنفق في التعليم الى انه ليس فيه عرف قال وكذا تعليم الغناء والعربية قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحق برأس المال اه (قوله أي ظهر خيانته بالبينة] واقراره أو بنكوله) هو المختار وقيل لا يثبت الا باقراره لانه مناقض بدعواه فلا تصور بينة ولا نكول والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الحط كما في الفتح (قوله ولو هلك المبيع الخ) لزوم جميع الثمن في الروايات الظاهرة وروى عن محمد في رواية غير الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت أقل من الثمن كما في الفتح

بكل الثمن) المسمى (وسقط خياره) لانه مجرد اختيار لا يقابله شئ من الثمن كخيار
الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لان المستحق منه للمشتري الجزء الفائت وعند
العجز عن تسليمه يسقط ما يقابله من الثمن (شرى ثانيا بعد بيعه بربح فان رابح)
اى اراد المشتري أن يبيع مرابحة (طرح عنه ما ربح) اى كل ربح كان قبل ذلك
(وان استغرق الربح الثمن لم يرابح) صورته اشترى ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة
بثلاثين ثم اشتراه بعشرين فانه يبيعه مرابحة على عشرة ويقول قام على بعشرة ولو
اشتراه بعشرين وباعه بأربعين مرابحة ثم اشتراه بعشرين لا يبيعه مرابحة أصلا لان
شبهة حصول الربح الاول بالعقد الثاني ثابتة لانه تأكد به بعد كونه على شرف
الزوال بالوقوف على عيب والشبهة في بيع المرابحة كالحقيقة احتياطا بخلاف
ما اذا تخلل ثالث بأن اشترى من مشتري مشتريه لان التأكد حصل بغيره (ورابح)
اى جاز ان يبيع مرابحة (سيد شرى من مأذونه المحيط دينه برقبته) قيد به اذ لو لم
يكن على العبد دين فباع من مولاه شيأ لم يصح لانه لا يفيد المولى شيأ لم يكن له قبل
البيع لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف (على ما شرى المأذون) متعلق بقوله يرابح
صورته اشترى عبد مأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين محيط فباعه من
المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة (كعكسه) وهو ان يشتري المولى ثوبا
بعشرة فباعه من عبده المأذون له المديون بخمسة عشر فانه أيضا يبيعه مرابحة على
عشرة لان في هذا العقد وان كان صحيحا في نفسه شبهة العدم لان العبد ملكه وما في
يده لا يخلو عن حقه فاعتبر عدما في حق المرابحة لابتنائها على الامانة فبقي الاعتبار
للشراء الاول فصار كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول ويبيعه للمولى في
الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول (و) يرابح (رب المال على ما شراه مضاربه
بالنصف) متعلق بمضارب (اولا) متعلق بشراه (و) على (نصف ما ربح بشرائه
ثانيا منه) اى من مضاربه متعلق بقوله بشرائه يعني اذا كان مع المضارب عشرة
دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه
مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا اذا عدم الربح كما
هو كذلك ههنا لان الربح انما يحصل اذا بيع من الاجنبي ففيه شبهة العدم لان
المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما
في حق نصف الربح (يرابح بلا بيان بالتعيب ووطء الثيب) يعني اشترى جارية
فاعورت أو وطئها وهي ثيب (ولم ينقصها الوطء) يبيعها مرابحة ولا يجب عليه البيان
اذ لم يحتبس عنده شئ يقابله الثمن الاول لان الاوصاف لا يقابلها الثمن الا اذا
كان مقصودا بالاتلاف كما مر مرارا ولهذا قال ولم ينقصها الوطء قال الزيلعي المراد
بقولهم يبيعه مرابحة بلا بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم أصابه العيب
عنده بعد ذلك وأما نفس العيب فلا بد من بيانه بأن يبين العيب والثمن من غير أن
يبين انه اشتراه سليما ثم حدث به العيب عنده (كقرض الفار وحرق النار
للمشتري) فان ما ضاع بالقرض أو الحرق وان كان جزأ يقابله شئ من الثمن
لكن العذرة لم يحبس عنده (و) يرابح (ببيان بالتعيب) بأن فقأ عينها بنفسه

(قوله وان استغرق الربح الثمن لم يرابح) يعني بلا بيان عند أبي حنيفة وهو مذهب احمد فان بين ورضي به المشتري جاز لان المانع عند عدم البيان نفي راجع الى العباد لا الشرع وقال أبو يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الثمن الاخير كما في الفتح (قوله شرى من مأذونه الخ) كذا من مكاتبه بالاتفاق كما في الفتح (قوله يعني اشترى جارية فاعورت) اى من غير أحد بل بآفة سماوية أو بصنعها بنفسها لانه هدر وعن أبي يوسف وهو قول زفر انه لا يبيع مرابحة من غير بيان كما اذا احتبس بفعله قال الفقيه أبو الليث وقول زفر أجود وبه نأخذ قال الكمال واختيار هذا حسن لان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكرها انتقضت ايهام للمشتري أن الثمن المذكور كان لها ناقصة (قوله ويرابح ببيان بالتعيب) ولو اشترى ممن لا تجوز شهادته له من الوالدين والمولودين والزوجة لم يجز ان يبيعه مرابحة عند أبي حنيفة حتى يبين له لانه تلحقه تهمة في ذلك لانه قد جعل مال كل واحد منهما كمال صاحبه ولانه يحابيهم فصار كالشراء من عبده وقال أبو يوسف ومحمد له ذلك من غير بيان وأجمعوا انه لو اشترى من مكاتبه او عبده أو مأذونه سواء عليه دين أولا أو مماليكه اشتروا منه فانه لا يبيعه مرابحة حتى يبين كذا في الجوهرة

أو فقأ عينها أجنبي وأخذ أرشها لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن (ووطء البكر) لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها (كتكسيره ونشره وطيه) لانه صار مقصودا بالاتلاف (شرى بنسيئة ورابح بلا بيان) يعني اشترى شيأ بألف درهم نسيئة وباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري (خير مشتريه) ان شاء قبل وان شاء رد لان الاجل يشبه المبيع حتى يزاد في المبيع لاجل الاجل والشبهة ههنا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما فيثبت له الخيار عند علمه بالخيانة (فان أتلفه ثم علم لزمه كل ثمنه) وهو ألف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن (كذا التولية) يعني ان كان ولاه اياه ولم يبين خير لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حال لما مر ان الاجل لا يقابله شيء من الثمن (ولي رجلا شيأ) (بما قام عليه ولم يعلم مشتريه قدره) أي قدر ما قام عليه (فسد) البيع لجهالة الثمن (وان علم) أي المشتري قدره (في المجلس صح) البيع لزوال المفسد قبل تقرره (وخير) المشتري ان شاء قبل وان شاء رد لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

{فصل} (صح بيع العقار قبل قبضه لا المنقول) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اشتريت شيأ فلا تبعه حتى تقبضه ولانه لا يقدر على تسليمه قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمنقول ولهما ان ركن البيع صدر من أهله ووقع في محله والحديث معلول باحتمال الهلاك وهو في العقار نادر حتى لو تصور هلاكه قبل القبض بأن كان على شط نهر ونحوه قالوا لا يجوز بيعه قبله فلا يقاس على المنقول وقد اضطرب ههنا كلمات شراح الهداية وغيرهم والاظهر الموافق لقواعد الاصول ما ذكر في العناية وهو أن الاصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزا لقوله تعالى وأحل الله البيع لكن خص منه الربا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربا والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض ثم لا يخلو اما أن يكون معلولا بغرر الانفساخ أو لا فان كان يثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روى في السنن مسندا الى الاعرج عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبينه وبين أدلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك اعمال لثبوت التوفيق حينئذ والاعمال متعين لا محالة فيكون مختصا بعقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض (شرى الكيلي كيلا لا جزافا) قد مر انه معرب كزاف ويجوز في الجيم الحركات الثلاث (لم يبعه ولم يأكله حتى يكيله) لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع بخلاف ما اذا باع جزافا لان الزيادة للمشتري وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر كما مر ذكر الشراء لانه اذا ملك مكيلا أو موزونا

(قوله أو فقأ عينها أجنبي فأخذ أرشها) ليس أخذ الأرش قيدا احترازيا بل اذا عورها الاجنبي لا يرابح بلا بيان لتحقق وجوب الضمان كما في الفتح {فصل} (قوله صح بيع العقار قبل قبضه) احترز به عن اجارته قبل قبضه فان الصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية ان الاجارة قبل القبض لا تجوز بلا خلاف لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض وفي الكافي وعليه الفتوى كذا في الفتح (قوله لا المنقول) أي لا يصح بيعه ونفي الصحة يحتمل ثبوت فساد العقد وبطلانه صرح بالاول في المواهب فقال وفسد بيع المنقول قبل قبضه اه وصرح بالثاني في الجوهرة ونصه قال الخجندي اذا اشترى منقولا لا يجوز بيعه قبل القبض لا من بائعه ولا من غيره فان باعه فالبيع الثاني باطل والبيع الاول على حاله جائز اه وفرض المسئلة في البيع لتكون اتفاقية مع محمد في عدم صحته وكذا الاجارة قال الكمال وقد ألحق بالبيع غيره فلا يجوز اجارته ولا هبته ولا التصدق به خلافا لمحمد في الهبة والصدقة وكذا اقراضه ورهنه من غير بائعه اه وفي الجوهرة وأما الوصية والعتق والتدبير واقراره بانها أم ولده يجوز قبل القبض بالاتفاق وفي الكتابة يحتمل أن يقال لا يجوز لانها عقد مبادلة كالبيع ويحتمل أن يقال يجوز لانها أوسع من البيع جوازا وان زوج جاريته قبل القبض جاز اه ويكون وطء زوجها قبضا لا عقده (قوله ذكر الشراء الخ) فيه لف ونشر مشوش فيرجع قوله جاز لمالك أن يتصرف فيه قبل القبض لقوله أو وصية ويرجع قوله قبل المكيل لقوله بهبة ومعلوم ان الملك في الموهوب بقبضه وفي الموصى به بالقبول بعد موت الموصي يوضح هذا قول ابن الملك قيد بالاشتراء لانه اذا ملك مكيلا أو موزونا بهبة أو ميراث أو غيرهما جاز له أن يتصرف قبل الكيل والوزن كذا في الكفاية اه

(قوله وقيد بكون المكيل مبيعا لانه اذا كان ثمنا جاز التصرف فيه مطلقا) قال الكمال بان اشترى بهذا البر على انه كر فقبضه جاز تصرفه فيه قبل ماهو من تمام قبضه اه وكان ينبغى للمصنف رحمه الله تعالى أن يذكر هنا مايميز المبيع عن الثمن فالدراهم والدنانير أثمان أبدا أى على كل حال سواء صحبها حرف الباء أولا وسواء كان مايقابلها من جنسها أو من غيره وذوات القيم كالثياب والحيوانات مبيعة أبدا والمثليات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا قوبلت بالنقد مبيعة أو بالاعيان وهى معينة ثمن أو غير معينة فبيعة كمن قال اشتريت كرا من الحنطة بهذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقيل المثليات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مطلقا ولو دخل عليها الباء اذا عرف هذا فالاثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالا فى غير الصرف والسلم واختلف فى القرض والاصح جوازه قاله الكمال رحمه الله فى هذا الباب ثم أعاده فى كتاب الصرف الا انه قال فيما اذا كانت المثليات غير معينة مانصه وان لم تعين أى المثليات فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهى ثمن وان لم يصحبها حرف الباء أولم يقابلها ثمن فهى مبيعة وهذا لان الثمن مايثبت فى الذمة دينا عند المقابلة اه (قوله الا أن يكيل البائع بعد بيعه بحضرة المشترى) هو الصحيح وهو قول عامة المشايخ وحضرة وكيله بالقبض كحضرته وقيل لا يكتفى به لظاهر الحديث لانه اعتبر صاعين كما فى الجوهرة والفتح (قوله جاز التصرف فى الثمن قبل قبضه) يستثنى منه بدل الصرف والسلم لان المقبوض من رأس مال السلم حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لايجوز وكذا فى الصرف ويصح التصرف فى القرض قبل قبضه على الصحيح والمراد بالتصرف نحو البيع والهبة والاجارة والوصية وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعدم الانفساخ بالهلاك كالمهر والاجرة وضمان المتلفات وغيرها كبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم عمد كما فى الفتح والجوهرة (قوله وجاز زيادة المشترى فيه أى الثمن) قال الكمال وفى المبسوط وكذا اذا كانت الزيادة من الاجنبى وضمنها الا انه التزمها عوضا اه كما سيذكره المصنف أيضا (قوله ان قام المبيع) أى شرط جواز الزيادة قيام المبيع فى ظاهر الرواية فلو هلك حقيقة بان مات العبد أو الدابة أو حكما بان أعتقه أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو وهب وسلم أو آجر أو رهن ثم باعه من المستأجر أو المرتهن أو طبخ اللحم أو طحن أو نسج الغزل أو تخمر العصير أو أسلم مشترى الخمر ذميا لاتصح الزيادة لفوات محل العقد اذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج وكذا الزيادة فى المهر شرطها بقاء الزوجية بخلاف مالو ذبح الشاة المبيعة أو آجر أو رهن أو خاط الثوب أو اتخذ الحديد سيفا أو قطع يد المبيع فأخذ المشترى أرشه ثم زاد ثبتت الزيادة فى كل هذا وقوله فى ظاهر الرواية احترازا عما رواه الحسن فى غير رواية الاصول عن أبى حنيفة أن الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه قاله الكمال رحمه الله (قوله وحط البائع) أى ولو بعد هلاك المبيع كما ذكرناه

بهبة أو وصية جاز للمالك أن يتصرف فيه قبل القبض وقبل الكيل وقيد بكون المكيل مبيعا لانه اذا كان ثمنا جاز التصرف فيه مطلقا كذا فى النهاية (الا أن يكيل البائع بعد بيعه عند المشترى) لان المبيع يصير معلوما بكيل واحد ويتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين كما سيأتى فى السلم ان شاء الله تعالى فاذا كال البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشترى لم يعتبر لانه ليس صاع البائع والمشترى وهو الشرط وكذا لو كال بعد البيع بغيبة المشترى لان الكيل من باب التسليم اذ به يعلم المبيع ولا تسليم الا بحضرته (كذا الموزون والمعدود) أى لا يبيعه ولا يأكله حتى يزنه أو يعده ثانيا ويكفى ان وزنه أو عده بعد البيع بحضرة المشترى (لا المذروع) أى لا يشترط ماذكر فى المذروعات وان اشتراه بشرط الذرع لما مر مرارا أن الذرع وصف لا يقابله شئ من الثمن فيكون للمشترى قال الزيلعى هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع (جاز التصرف فى الثمن قبل قبضه) سواء كان مما لا يتعين كالنقود أو يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم أو بكر من الحنطة جاز أن يأخذ بدلها شيئا آخر لوجود المجوز وهو الملك وانتفاء المانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك لما مر ان الاصل فى البيع هو المبيع وبهلاكه ينفسخ البيع بخلاف الثمن اما اذا كان من النقود فظاهر وأما اذا كان من المكيل أو الموزون فلانه مبيع من وجه وثمن من وجه ولهذا لا تبطل الاقالة فى صورة المقايضة بهلاك أحدهما وقد مر (و) جاز (زيادة المشترى فيه) أى الثمن (ان قام المبيع) لانه ان لم يقم لم يبق بحالة يصح الاعتياض عنه لانه انما يكون فى موجود والشئ يثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم مايقابله فلا يستند أى لا يلحق باصل العقد بالاستناد (و) جاز (حط البائع عنه) لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت مايقابله فيثبت

الحط في الحال ويلتحق بأصل العقد استنادا (و) جاز (زيادته) أي البائع (في المبيع) لانه تصرف في حقه وملكه (ويتعلق الاستحقاق) أي استحقاق البائع والمشتري (بالكل) أي كل الثمن والمبيع والزائد والمزيد عليه فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد لانهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا أو خاسرا أو عدلا ولهما ولاية الرفع فأولى ان تكون ولاية التغيير قال صدر الشريعة ويمكن أن يقال انه اذا استحق مستحق المبيع أو الثمن فالاستحقاق يتعلق بجميع ما يقابله من المزيد والمزيد عليه فلا يكون الزائد صلة مبتداة كما هو مذهب زفر والشافعي أقول لا يمكن ذلك لان مدار هذا الاستحقاق على الدعوى والبينة فان ادعى المستحق مجرد المزيد عليه وأثبته أخذه وان ادعاه مع الزيادة وأثبته أخذه وكذا ان ادعى الزيادة فقط ثم ان حكم الالتحاق يظهر في التولية والمرابحة (فيرابح ويولى عليه) أي الكل (ان زيد وعلى الباقي ان حط) فان البائع اذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لآخر وليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملحقا بأصل العقد فكان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذا اذا زاد المشتري على أصل الثمن أو البائع على أصل المبيع (والشفيع يأخذ بالاقل فيهما) أي في الزيادة على الثمن والحط وان كان مقتضى الالحاق بالاصل ان يأخذ بالكل في صورة الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال له وليس لهما ابطاله (قال رجل لآخر بع عبدك من زيد بألف على اني ضامن كذا من الثمن سوى الالف أخذه) أي مولى العبد الالف (من زيد والزيادة من الضامن ولو لم يقل من الثمن فالالف على زيد) لانه ثمن العبد (ولا شيء عليه) أي على القائل أصله ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد فكأن العقد ورد ابتداء على الاصل والزيادة كما مر وان أصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله ولهذا لا يصح ايجابه على الاجنبي لانه لا يستفيد بازائه مالا فأما فضول الثمن فيستغني عنه حتى تصح الزيادة من الاجنبي كما تصح من المشتري اذ لا يسلم لهما شيء بمقابلة الزيادة وصارت كبدل الخلع فانه يصح على غير المرأة اذ لا يسلم لها شيء اذ البضع عند الخروج غير متقوم لكن من شرط الزيادة المقابلة تسمية وصورة حتى يجب حسب وجوب الثمن بواسطة المقابلة فاذا قال من الثمن فقد جعل المائة بمقابلة المبيع صورة فوجد شرطها فتصح واذا لم يقل من الثمن لم توجد المقابلة صورة ولا معنى فلم يوجد شرطها فلا تصح وبقي التزام المال ابتداء ببيع داره من غيره وهو رشوة وهي حرام (صح تأجيل الديون) وان كانت حالة في الاصل لان الدين حقه فله أن يؤخره تيسيرا على المديون كما له ابراؤه (الى أجل معلوم أو مجهول جهالة يسيرة) كالتأجيل الى الحصاد بخلاف ما اذا كانت فاحشة كهبوب الريح (سوى القرض) فان تأجيله لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم لانه معاوضة انتهاء وان كان اعارة وصلة ابتداء (الا اذا أوصى به) فانه اذا أوصى ان يقرض من ماله ألف درهم فلانا الى سنة لزم من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل السنة لانه وصية بالتبرع والوصية

(قوله وزيادته أي البائع في المبيع) أي ولو بعد هلاكه ويكون لها حصة من الثمن فتسقط بهلاكها قبل قبضها كما في الفتح عن المنتقى (قوله أقول لا يمكن ذلك) غير مسلم وليس فيما قال ابطال لكلام صدر الشريعة رحمه الله تعالى (قوله قال رجل لآخر بع عبدك الخ) هذه المسئلة مذكورة في مسائل شتى في الهداية والكنز (قوله وتلحق بأصل العقد) أي الزيادة لكن لا تظهر في حق البائع والشفيع والمرابحة فلا يحبس المبيع لاجل الزيادة ويأخذ الشفيع بالالف دون الزيادة ويرابح على الالف ويسترد الاجنبي الزيادة بعد اقالة المبيع أو رده بعيب بقضاء أو غيره ولو ضمن الزيادة بأمر المشتري ظهرت في حق الكل وهذا كله فيما اذا كانت الزيادة في العقد كما يشير اليه كلام المصنف وأما حصولها بعده فلا يجوز الا باجازة المشتري وتمامه في التبيين (قوله سوى القرض فان تأجيله لا يصح) يعني لا يلزم كما أشار اليه بعده وبه صرح الكمال

يتسامح فيها نظرا للوصي ولذا جوزت بالخدمة والسكنى ولزمت (أو احال المستقرض المقرض على آخر بدينه فأجله المقرض مدة معلومة) فانه يصح حتى لو اراد المقرض أن يطالب المستقرض بذلك الدين ليس له ذلك لان الحوالة مبرئة براءة الدين فى رواية وبراءة المطالبة فى أخرى كذا فى العمادية

﴿باب الربا﴾

(هو) لغة الفضل مطلقا وشرعا (فضل أحد المتجانسين على الآخر) ففضل قفيزى شعير على قفيز بر لا يكون ربا لانتفاء المجانسة (بالمعيار الشرعى) وهو الكيل والوزن ففضل عشرة أذرع من الثوب الهروى على خمسة أذرع منه لا يكون ربا لانتفاء المعيار الشرعى (خاليا عن عوض) احتراز عن بيع كربر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير فان الثانى فاضل على الاول لكن غير خال عن العوض بصرف الجنس الى خلاف الجنس (شرط لاحد العاقدين) حتى لو شرط لغيرهما لا يكون ربا (فى المعاوضة) حتى لم يكن الفضل الخالى عن العوض فى الهبة ربا (وعلته القدر والجنس) لان الاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا أى بيعوا مثلا بمثل أو بيع الحنطة بالحنطة مثلا بمثل والخبر بمعنى الامر ولما كان الامر للوجوب والبيع مباح صرف الوجوب الى رعاية المماثلة كما فى قوله تعالى فرهان مقبوضة حيث صرف الايجاب الى القبض فصار شرطا للرهن والمماثلة بين الشيئين تكون باعتبار الصورة والمعنى معا والقدر يسوى الصورة والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل الذى هو الربا ولا يعتبر الوصف لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء (فان وجدا) أى القدر والجنس (حرم الفضل) كقفيز بر بقفيزين منه (والنسا) ولو مع التساوى كقفيز بر بقفيز منه أحدهما أو كلاهما نسيئة (وان عدما) أى كل منهما (حلا) أى الفضل والنسا (وان وجد أحدهما) فقط (حل الفضل) كما اذا بيع قفيز حنطة بقفيزى شعير يدا بيد حل فان أحد جزأى العلة وهو الكيل موجود هنا لا الجزء الآخر وهو الجنس وان بيع خمسة أذرع من الثوب بستة أذرع منه يدا بيد حل أيضا لوجود الجنسية وان عدم القدر (لا النسا) أى لا يحل النسا فى هاتين الصورتين ولو بالتساوى لحرمة ربا الفضل بالوصفين وربا النسيئة بأحدهما لان جزء العلة لا يوجب الحكم لكنه يورث الشبهة وهى فى باب الربا ملحقة بالحقيقة وان كانت أدنى منها فلا بد من اعتبار الطرفين ففى النسيئة أحد البدلين معدوم وبيع المعدوم غير جائز فصار هذا المعنى مرجحا لتلك الشبهة فلم تحل وفى غير النسيئة لم يعتبر الشبهة لما ذكر انها أدنى من الحقيقة (كسلم ثوب هروى فى هروى) فانه لم يجز لاتحاد الجنس (وبر فى شعير) فانه أيضا لم يجز لوجود القدر (والجيد والردى سواء) لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء ولان فى اعتباره سد باب البياعات ثم فرع على قوله فان وجدا حرم الفضل والنسا قوله (فحرم بيع الكيلى والوزنى بجنسه) أى بيع الكيلى بالكيلى والوزنى

بالوزنى

(قوله وشرعا فضل أحد المتجانسين الخ) يرد عليه بيع المتساويين من جنس نسيئة فانه ليس فيه فضل ولذا قال فى الجوهرة هو فى الشرع عبارة عن عقد فاسد بصفة أى خاصة ليخرج البيع الفاسد سواء كان هناك زيادة أو لا الا ترى أن بيع الدراهم بالدراهم نسيئة ربا وليس فيه زيادة اه ومن شرائط الربا عصمة البدلين وكونهما مضمونين بالاتلاف فعصمة أحدهما وعدم تقومه لا يمنع فشراء الاسير او التاجر مال الحربى أو المسلم الذى لم يهاجر بجنسه متفاضلا جائز ومنها أن لا يكون البدلان مملوكين لاحد المتبايعين كالسيد مع عبده ولا مشتركين فيهما بشركة عنان أو مفاوضة كما فى البدائع (قوله ففضل عشرة أذرع الخ) كان ينبغى أن يقال أيضا وفضل ست حفنات على خمس لا يكون ربا لانتفاء القدر الشرعى وهو بلوغ أحد الحفنات نصف الصاع فانه لو بلغه من أحدهما لا يجوز (قوله شرط لاحد العاقدين) أى أو لم يشترط لقوله حتى لو شرط لغيرهما لا يكون ربا الا أن هذا يكون بيعا فاسدا لشموله شرطا لا يقتضيه (قوله وعلته القدر والجنس) أى مع الجنس واذا كان الاصل واحدا وأضيف اليه مختلف الجنس صار جنسين حكما حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما أضيف اليه من الورد أو البنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الاصل كما فى الفتح (قوله كسلم هروى فى هروى) يعنى أو بيعه به نسيئة فانه غير جائز أيضا وكذا اذا باع شاة بشاة أو عبدا بعبد نسيئة كما فى الجوهرة

بالوزني (متفاضلا ولو غير مطعوم كالجص) فانه من المكيلات (والحديد) فانه من الموزونات والطعم غير معتبر عندنا بل عند الشافعي (وبالنسا) عطف على متفاضلا وبه يتم النفر بيع (الا أن لا يتفقا) أي العوضان استثناء من قوله حرم بيع الكيلي والوزني بجنسه (في صفة الوزن) بأن يوزن به الآخر (كالنقود والزعفران) والقطن والحديد ونحوها فان الوزن جمعهما ظاهرا لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه أما الاول فلان الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالصنجات وأما الثاني فلان الزعفران مثمن يتعين بالتعيين والنقود ثمن لا يتعين بالتعيين وأما الثالث فلانه لو باعه بالنقود موازنة بأن يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار اليه على أنه عشرة دنانير مثلا وقبضه البائع صح التصرف فيه قبل الوزن ولو باع الزعفران على أنه منوان مثلا وقبله المشتري ليس له أن يتصرف فيه حتى يعيد الوزن واذا اختلفا في صفة الوزن ومعناه وحكمه لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة فان الموزونين اذا اتفقا كان المنع للشبهة واذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة وهي غير معتبرة (وحل) عطف على حرم أي حل بيع الكيلي والوزني (متساويا) بلا تفاضل (و) حل أيضا بيعهما (بلا قدر كما) أي كبيع (مادون نصف صاع) فان المعتبر في قدر المكيلات نصف الصاع لا مادونه اذ لا تقدير في الشرع بمادونه (بأقل منه) متعلق بالبيع المقدر أي كبيع مادون نصف صاع بأقل منه (كحفنتين من بر بحفنة منه) فان بيعهما به جائز وان وجد الفضل لانتفاء القدر الشرعي (الا ان يكون) استثناء من قوله بلا قدر أي انما يحل بيع الاقل من القدر الشرعي بأقل منه اذا كان حالا أما اذا كان (بالنسا) فلا يحل لوجود جزء من العلة محرم للنسا وهو الجنس حتى اذا انتفى الجنس أيضا حل البيع مطلقا ولو بالتساوي لانتفاء كل من جزأي العلة كبيع حفنة من بر بحفنتين من شعير (كذا حكم كل عددي متقارب) فان بيع العددي المتقارب بجنسه متفاضلا جاز ان كانا موجودين لانعدام المعيار وان كان أحدهما نسيئة لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النسا (والمعتبر في غير الصرف التعيين لا التقابض) حتى لو باع برا ببر بعينهما وتفرقا قبل القبض جاز وقال الشافعي يعتبر التقابض قبل الافتراق في بيع الطعام بالطعام كما في الصرف لقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف يدا بيد ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ومعنى يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنه (البر والشعير والتمر والملح كيلي والذهب والفضة وزني) فان كل مانص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو كيلي أبدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح

أو الجنس اما المجانسة فظاهر الانتفاء وأما القدر المتفق فلان وزن الثمن يخالف وزن المثمن ألا ترى ان الدراهم توزن بالمثاقيل والقطن والحديد يوزنان بالقبان فلم يتفق القدر فلم توجد العلة فلا يتحقق الربا اهـ ومثله في شرح المجمع لابن الملك (قوله أما الاول) يعني به صفة الوزن في قوله لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه (قوله وأما الثاني) يعني به معناه (قوله وأما الثالث) يعني به حكمه (قوله وحل بيعهما أيضا بلا قدر) يعني بلا بلوغ قدر اعتبره الشارع وهو نصف الصاع وبلوغ أحدهما مانع كما قدمناه وقد أوضحه بقوله كبيع مادون نصف صاع الخ (قوله المعتبر في قدر المكيلات نصف الصاع لا مادونه الخ) قال الكمال باحثا ولا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين اما ان كانت مكاييل أصغر أي من نصف الصاع كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصري فلا شك وكون الشرع لم يقدر نصف المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شئ حرم في الكثير

فالقليل منه حرام اهـ كلامه رحمه الله تعالى (قوله ان كانا موجودين) يعني معينين وليس كلاهما ولا أحدهما دينا والصورة رباعية وتوجيهها بفتح القدير

وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو وزني أبدا وان ترك الناس فيه الوزن كالذهب والفضة (لا يتغيران بعرف) لان النص أقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى (بخلاف ما عداها) أي ما عدا الاشياء الستة فان ما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن (فلم يجز بيع البر بالبر متساويا وزنا والذهب بالذهب متساويا كيلا كما لم يجز مجازفة) وان تعارفوا ذلك لاحتمال الفضل على ما هو المعيار فيه الا ان السلم يجوز في الحنطة ونحوها وزنا لوجود السلم في معلوم (وجاز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما ما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت تتعين بالتعيين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة (و) جاز بيع (الرطب بالرطب وبالتمر و) بيع (التمر بالبسر و) بيع (العنب بالزبيب و) بيع (البر رطبا أو مبلولا بمثله أو باليابس و) بيع (التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منها و) بيع (الدقيق بمثله) نقل عن محمد بن الفضل أن بيع الدقيق بالدقيق انما يجوز اذا كانا مكبوسين والا لم يجز قوله (متساويا) قيد لجواز البيع في الاشياء المعدودة وجه الجواز انه ان كان بيع الجنس بالجنس بلا اختلاف الصفة جاز متساويا وكذا مع اختلاف الصفة لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء والا جاز كيفما كان لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم (و) جاز بيع (اللحم بالحيوان و) بيع (اللحوم والالبان المختلفين) أي بيع لحم الغنم بلحم البقر وبالعكس وكذا لبنهما (بعضها ببعض و) بيع (الكرباس بالقطن وبالغزل و) بيع (خل الدقل) وهو أردأ التمر (بخل العنب وبيع شحم البطن بالالية وباللحم و) بيع (الخبز بالبر والدقيق متفاضلا) هذا قيد لجواز البيع في الاشياء المعدودة من اللحم الى ههنا وجه جوازه متفاضلا اختلاف أجناسها (وبالنسا) عطف على متفاضلا أي وجاز البيع بالنسا أيضا (في الاخير) وهو بيع الخبز بالبر والدقيق (وبه يفتى) لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى لئلا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض (لا) بيع (البر بالدقيق أو بالسويق أو بالنخالة) فان بيعه بها لا يجوز مطلقا لبقاء المجانسة من وجه لانها من أجزاء البر والمعيار فيها الكيل لكنه غير مستو بينها وبين البر لاكتنازها في الكيل وتخلخل حبات البر فلا يجوز وان كان كيلا بكيل (و) لا بيع (الدقيق بالسويق) مطلقا أيضا اذ لا يجوز بيع الدقيق بالمشوية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع أجزائهما لقيام المجانسة من وجه (و) لا (الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما

(قوله لا يتغيران بالعرف الخ) كذا في الفتح بزيادة لان العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا اخراج الشموع والسرج الى المقابر ليالي العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل اه (قوله نقل عن محمد بن الفضل الخ) جزم به في شرح المجمع فقال بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا اذا كانا مكبوسين جائز اتفاقا اه (قوله وبالنسا في الاخير وهو بيع الخبز بالبر والدقيق) يعني اذا جعل الدقيق أو البر رأس مال السلم في الخبز لكان قوله وبه يفتى أي على قول أبي يوسف خلافا لهما أما لو كان الخبز رأس مال السلم في الحنطة أو الدقيق فهو جائز كما في الفتح (قوله لكن يجب أن يحتاط الخ) قال الكمال واذا كان كذلك فالاحتياط في منعه (قوله لا بيع البر بالدقيق أو السويق) أي سويقه أما سويق الشعير فيجوز (قوله ولا بيع الدقيق بالسويق) أي وهما من البر أما اذا كان أحدهما من الشعير والآخر من البر فيجوز كما في الفتح (قوله ولا الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم الخ) كذا في الهداية وقال الكمال وفي فتاوى قاضيخان انما يشترط أن يكون الخالص أكثر اذا كان الثفل في البدل الآخر شيئا له قيمة أما اذا كان لا قيمة له كما في الزبد بعد اخراج السمن منه فيجوز مساواة الخارج للسمن المفرز يروى ذلك عن أبي حنيفة واعلم ان المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فتمنع النسيئة كما في المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم واذا كان أحد المتجانسين مطيبا صيره من خلاف جنسه فيجوز بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مطيب ورطل لوز مطيب بوردا وبان أو خلاف برطلي لوز غير مطيب ورطل دهن لوز مطيب في زهر النارنج برطلي دهن اللوز الخالص وكذا الزيت المطيب بغير المطيب فجعلوا الرائحة التي فيها بازاء الزيادة على الرطل اه وقوله في الهداية والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار قال الكمال يعني ان كان

الدهن المفرز والسمن والدبس أكثر مما يخرج من الجوز والابن والقرجاز وقد علمت تقييده بما اذا كان الثفل له قيمة وأظن ان لاقيمة لثفل الجوز الا أن يكون يبيع بقشره فيوقد وكذا العنب لاقيمة لثفله فلا يشترط زيادة العصير على مايخرج والله أعلم اه (قوله والزيادة بالشعير ولا يلزم الربا) أى لا يلزم حال وجود كثرة الخالص على مايخرج والا لزم (قوله وبه أى بقول أبى يوسف يفتى) لم يتعرض المصنف لبيان قول الامام ومحمد وقال الكمال جعل المتأخرون الفتوى على قول أبى يوسف وأنا أرى ان قول

فى الزيتون والسمسم) ليكون الدهن بمثله والزيادة بالشعير ولا يلزم الربا وان لم يعلم مقدار مافيه لم يجز لاحتمال الربا وقد مران الشبهة فيه كالحقيقة (ويستقرض الخبز وزنا لا عددا) عند أبى يوسف لان آحاده متفاوتة بالعدد دون الوزن (وبه يفتى) ذكره الزيلعى (و) يستقرض (الفلوس بهما) أى بالوزن والعدد بالعرف اذ لانص فيها (والدراهم والدنانير) تستقرض (بالوزن فقط) لانهما من الموزونات بالنص (كذا ما ثلثاه خالص) لان الحكم للغالب (وما ثلثه خالص) يستقرض (بعددان تعاملوا به و بوزن ان تعاملوا به) لانه ليس مما ورد فيه النص فيحمل على العرف كما مر (ولا يستقرض القيمى) لانه مختص بالمثلى وهو كل شئ يكال أو يوزن نحو الحنطة والشعير والسمسم والتمر والزبيب ونحو ذلك وفى التجريد ويجوز فى العدديات التى لاتتفاوت تفاوتا فاحشا كالبيض والجوز وفى الكافى لان القرض اعارة شرع لاطلاق الانتفاع بالعين غير انه لايمكن الانتفاع بالمكيل والموزون والعددى المتقارب الا باستهلاك أعيانها وكانت المنفعة عائدة الى ذاتها فقام المثل فى الذمة مقام العين كأنه انتفع بالعين ورده وهذا انما يتأتى فى ذوات الامثال ليمكن ايجاب المثل فى الذمة لا فى الحيوان والثياب اذ لامثل لهما (ولا ربا بين السيد وعبده مأذونا غير مديون) لان العبد ومافى يده حينئذ يكون ملك مولاه فلا يكون بينهما بيع ليتحقق الربا حتى اذا كان عليه دين يتحقق الربا لتحقق البيع (و) لا ربا (بين مسلم وحربى ثمة) أى فى دار الحرب لقوله صلى الله عليه وسلم لا ربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب وكذا اذا تبايعا فيهما بيعا فاسدا ذكره الزيلعى فان مالهم مباح وبعقد الامان لم يصر معصوما لكنه التزم ان لايغدرهم ولا يتعرض لما فى أيديهم بلا رضاهم فاذا أخذه برضاهم أخذ مالا مباحا بلا غدر (أو من آمن ثمة) فان الحربى اذا أسلم ثمة لايكون بينه وبين مسلم مستأمن فى دار الحرب ربا عند أبى حنيفة لان مال من أسلم ثمة لاعصمة له فصار كمال الحربى ويجوز أخذ مال الحربى برضاه للمسلم المستأمن وقالا انه ربا جرى بين مسلمين وهو حرام كذا فى الكافى

﴿باب الاستحقاق﴾

لم يذكر الحقوق كما ذكر فى سائر المتون لانها ذكرت فى أوائل البيوع (هو نوعان أحدهما (مبطل للملك) أى مزيل له بالكلية بحيث لايبقى لاحد عليه حق التملك (كالحرية الاصلية والعتق وفروعه) كالتدبير والكتابة والاستيلاد (و) ثانيهما (ناقل له) أى للملك من شخص الى شخص (كالاستحقاق بالملك) بأن ادعى زيد على بكر ان مافى يده من العبد ملك له وبرهن عليه والنوعان بعد اتفاقهما فى أنهما

محمدا حسن فان محمدا يقول قد أهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالبا والقياس يترك بالتعامل فيجاز اقتراضه وزنا وعددا اه (قلت) بحث الكمال نص فهو مؤيد به قال شارح المجمع جوز محمد استقراضه وزنا وعددا لتعارف الناس على اهدار التفاوت بين آحاده كما أهدر ومابين الجوزتين وعليها الفتوى اه وأما أبو حنيفة فقال لاخير فى استقراض الخبز عددا أو وزنا لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور باعتبار كونه جديدا أو عتيقا والتقديم فى التنور والتأخير عنه ويتفاوت جودة خبزه بذلك (قوله حتى اذا كان عليه دين يتحقق الربا) كذا فى الهداية وقال الكمال وفى المبسوط ذكر أنه لا يتحقق الربا بينهما مطلقا ولكن المولى ان يرد ما أخذه على العبد لأنه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له مالم يفرغ من دينه كما لو أخذه لا بجهة ... سواء كان اشترى منه درهما بدرهمين أولا بخلاف المكاتب لانه صار كالحر يدا وتصرفا فى كسبه فيجرى الربا بينهما اه (قوله وكذا اذا تبايعا فاسدا) قال الكمال وكذا اذا باع منهم ميتة أو خنزيرا أو قامرهم وأخذ المال يحل ذلك عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف (قوله لان مال من أسلم ثمة لاعصمة له) لعله أراد بالعصمة التقوم أى لاتقوم له فلا يضمن بالاتلاف لما قال فى البدائع معللا لقول أبى حنيفة لان العصمة وان كانت ثابتة فالتقوم ليس بثابت عنده حتى لا يضمن بالاتلاف وعندهما نفسه وماله معصومان متقومان اه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿باب الاستحقاق﴾ (قوله لم يذكر الحقوق) أى فى هذا المحل كما ذكرت فيه فى سائر المتون لانه أى المصنف قدمها فى أوائل البيوع لمناسبتها به (قوله هو نوعان) ذكره العمادى عن الزيادات

بخلاف المستحق عليه ومن تملك ذلك الشئ من جهته مستحقا عليه حتى ان واحد منهم لو ادعى وأقام البينة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته يختلفان بوجه آخر اذ النوع (الاول يوجب انفساخ العقود) الجارية بين الباعة بلا حاجة في انفساخ كل منهما الى حكم القاضي بلا اختلاف رواية وفرع عليه بقوله (فلكل من الباعة الرجوع على بائعه وان لم يرجع عليه) بصيغة المجهول أي وان لم يحصل الرجوع عليه (ويرجع) هو أيضا كذلك (على الكفيل وان لم يقض على المكفول عنه) فان توقف رجوع البعض على البعض على حكم القاضي انما يكون اذا بقي أثر العقد وهو الملك كما في النوع الثاني واذا لم يبق لم يحتج اليه وايضا دل الحر ليس بمملوك فلا يجتمع ثمنان في ملك واحد بخلاف الاستحقاق بالملك كما سيأتي (والحكم بالحرية الاصلية حكم على الكافة) أي كافة الناس (حتى لا تسمع دعوى الملك من أحد كذا العتق وفروعه) فان الحرية حق الله تعالى حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه والناس كلهم خصوم في اثبات حقوق الله تعالى نيابة عنه تعالى لكونهم عبيده فكان حضور الواحد كحضور الكل بخلاف الملك لانه حق العبد خاصة فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب لعدم ما يوجب انتصابه خصما الا ان من تلقى الملك من جهته يصير مقضيا عليه أيضا لتعدي أثر القضاء اليه لاتحاد الملك ومن قضي عليه في حادثة لم يصر مقضيا له فيها بتلك الجهة (وأما) الحكم (في) الملك (المؤرخ فعلى الكافة من التاريخ لا قبله) يعني اذا قال زيد لبكر انك عبدي ملكتك منذ خمسة أعوام فقال بكر اني كنت عبد بشر ملكني منذ ستة أعوام فأعتقني وبرهن عليه اندفع دعوى زيد ثم اذا قال عمرو لبكر انك عبدي ملكتك منذ سبعة أعوام وأنت ملكي الآن فبرهن عليه يقبل ويفسخ الحكم بحريته ويجعل ملكا لعمرو ويدل عليه ان قاضيخان قال في أول البيوع من شرح الزيادات بعد ما حقق المسئلة حق التحقيق فصارت مسائل الباب على قسمين احدهما عتق في ملك مطلق وهو بمنزلة حرية الاصل والقضاء به قضاء على كافة الناس والثاني القضاء بالعتق في ملك مؤرخ وهو قضاء على كافة الناس من وقت التاريخ ولا يكون قضاء قبله فليكن هذا على ذكر منك فان الكتب المشهورة خالية عن هذه الفائدة (و) النوع (الثاني لا يوجب انفساخها) أي انفساخ العقود في ظاهر الرواية لانه لا يوجب بطلان الملك (والحكم به) أي بهذا النوع من الاستحقاق (حكم على ذي اليد) حتى يؤخذ المدعى من يده (وعلى من تلقى) ذو اليد (الملك منه) بلا واسطة أو بوسائط (فلا تسمع دعوى الملك منهم) لكونهم محكوما عليهم تفريع على قوله والحكم به حكم على ذي اليد الى آخره (بل دعوى النتاج) بان يقول بائع من الباعة

(قوله مستحقا عليهم) أي الباعة المعلومين من المقام (قوله حتى ان واحدا منهم) أي الباعة كما صرح به العمادي بعد هذا ووجه عدم قبول البينة قول الكمال ان البينة كاسمها مبينة لما كان ثابتا في نفس الامر قبل الشهادة فيظهر بها ما كان قبله قبلية لا تقف عند حد معين ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض ولا يسمع دعوى أحدهم انه ملكه لان الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كما لو ادعت في يد الاخير انها حرة الاصل حيث يرجعون (قوله يختلفان بوجه آخر) قال العمادي ووجه الاختلاف ان الاستحقاق الناقل اذا ورد فان كل واحد من الباعة لا يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه ولا يرجع على الكفيل ما لم يقض على المكفول عنه اه (قوله والحكم بالحرية حكم على الكافة) قال العمادي ومن ادعى حرية الاصل ولم يذكر اسم امه ولا اسم اب الام وجدها يجوز لانه يجوز ان يكون الانسان حر الاصل وتكون امه رقيقة بان استولد جارية فالولد علق حر الاصل وان لم تكن الام حرة (قوله والثاني لا يوجب انفساخها) أي فيوجب توقف العقد السابق على اجازة المستحق فاذا لم يجز قيل ينفسخ اذا قبض المستحق وقيل ينفسخ بنفس القضاء والصحيح انه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن فاذا رجع الآن ينفسخ حتى لو اجاز المستحق بعد ما قضي له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح وقال شمس الائمة الحلواني الصحيح من مذهب اصحابنا ان القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفي الزيادات روي عن أبي حنيفة انه لا ينتقض ما لم يأخذ العين بحكم القاضي وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الاصح اه ومعنى هذا ان يتراضيا على الفسخ كما في العمادية وفتح القدير (قوله بل دعوى النتاج بأن يقول بائع من الباعة الخ) أقول هذا لا يصح على اطلاقه لانه انما يتصور في بائع لم يتلق الملك من غيره فيصح حين منه دعوى النتاج عنده لعدم التناقض منه أما من تلقى الملك من غيره فيمتنع دعوى النتاج عنده لانه ان كان النتاج قد وجد عنده حقيقة فاعدامه على الشراء من غيره دليل على عدم بقائه على ملكه ببيعه أو هبته أو نحوهما فيمتنع دعوى النتاج للتناقض كما

حين رجع عليه بالثمن أنا لا أعطى الثمن لان المستحق كاذب لان المبيع نتج فى ملكى أو ملك بائعى بلا واسطة أو بها فيسمع دعواه ويبطل الحكم ان اثبت (أو تلقى الملك من المستحق) بان يقول أنا لا أعطى الثمن لانى اشتريته من المستحق فيسمع أيضا (ولا تعاد البينة للرجوع) هذا أيضا تفريع على قوله والحكم به الى آخره يعنى اذا كان الحكم للمستحق حكما على الباعة فاذا اراد واحد من المشترين ان يرجع على بائعه بالثمن لا يحتاج الى اعادة البينة (و) لكن (لا يرجع أحد) من المشترين (على بائعه قبل الرجوع عليه) حتى لا يكون للمشترى الاوسط ان يرجع على بائعه قبل ان يرجع عليه المشترى الاخير (ولا يرجع) بصيغة المجهول أى لا يحصل رجوع المحكوم عليه (على الكفيل) أى الضامن بالدرك (قبل القضاء على المكفول عنه) لانه الاصل ومنه يسرى الحكم الى الكفيل وانما لم يرجع قبل الرجوع عليه لئلا يجتمع ثمنان فى ملك شخص واحد لان بدل المستحق مملوك (ثم الرجوع) أى رجوع المشترى بالثمن على البائع (انما يكون اذا ثبت الاستحقاق بالبينة) لما عرفت انها حجة متعدية أما اذا ثبت باقرار المشترى او بنكوله عن اليمين أو باقرار وكيل المشترى بالخصومة أو بنكوله فلا يوجب الرجوع بالثمن لان اقراره لا يكون حجة فى حق غيره وفى زيادات أبى بكر بن حامد البخارى اشترى دارا واستحقها رجل باقرار المشترى أو بنكوله عن اليمين لا يرجع على بائعه بالثمن فان أقام المشترى البينة ان الدار ملك المستحق ليرجع على بائعه بالثمن لا يسمع بينته اما لو اقام البينة على اقرار البائع ان المبيع ملك المستحق تقبل ويؤخذ البائع بالثمن ولو لم يقم بينة على اقرار البائع بذلك ولكنه طلب يمينه بالله ما هى للمدعى كان له ذلك لانه يحتمل ان ينكل عن اليمين فيصير بنكوله كالمقر ويسترد منه الثمن بعد ذلك كذا فى العمادية وهذا مما يجب حفظه والناس عنه غافلون وقد فرع عليه بقوله (فبيعة ولدت) عند المشترى لا باستيلاده (فاستحقت ببينة تبعها ولدها) أى يأخذها المستحق وولدها (وان أقر بها) لرجل (لا) أى لا يتبعها ولدها بل يأخذها المقر له لا ولدها والفرق ان البينة تثبت الملك من الاصل والولد كان متصلا بها يومئذ فيثبت بها الاستحقاق فيهما والاقرار حجة قاصرة يثبت به الملك فى المخبر به ضرورة صحة الخبر وما ثبت بالضرورة يقدر بقدر الضرورة (التناقض يمنع دعوى الملك) لانه يكون متهما فيها (لا) دعوى (الحرية) أما الحرية الاصلية فلخفاء حال العلوق فان الولد يجلب من دار الحرب صغيرا ولا يعلم بحرية أبيه وامه فيقر بالرق ثم يعلم بحرية أبيه وامه فيدعى الحرية والتناقض فيما فى طريقه خفاء لا يمنع صحة الدعوى وأما العارضية فلان المولى ينفرد بالاعتاق والتدبير بلا علم العبد فيجرى فيه أيضا الخفاء فيجعل التناقض فيه عفوا واذا أقام المكاتب بينة على اعتاق سيده قبل الكتابة تقبل لاستقلال سيده بالتحرير (والطلاق) فان المرأة اذا اختلعت ثم أقامت بينة على انه طلقها ثلاثا قبل الخلع فانها تسمع وان تناقضت للخفاء فى تطليقه لاستقلاله به (والنسب) كما اذا قال ليس هذا ابنى ثم قال هذا ابنى فيسمع وكذا اذا قال لست أنا بوارث فلان ثم ادعى أنه وارثه وبين جهة ارثه يصح

اذا لم يحصل النتاج عنده أصلا لما سيذكره المصنف رحمه الله تعالى فى كتاب الدعوى من أن الاستشراء والاستيهاب والاستيداع والاستئجار يمنع دعوى الملك للطالب لان كلا منها اقرار بأن ذلك الشئ ملك الذى اليد فيكون الطلب بعده تناقضا اه والتناقض حاصل من بائع تلقى الملك من غيره يدعى النتاج عنده فتأمل (قوله فبيعة ولدت عند المشترى لا باستيلاده) انما قيد بكونه من غير استيلاده لكان قوله أى يأخذها المستحق وولدها والا فاستيلاده لا يمنع استحقاق الولد بالبينة فيكون ولد المغرور وهو حر بالقيمة لمستحقه ويلزم عقرها بالوطء ويرجع بالقيمة على بائعه لا بالعقر وان مات الولد لا شئ على أبيه كما سيذكره المصنف فى باب دعوى النسب (قوله تبعها ولدها) قال الكمال ويشترط القضاء بالولد بخصوصه وهو الاصح من المذهب لانه أصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلا بد من الحكم به وقيل يصير مقضيا به تبعا كما ان ثبوت استحقاقه يكون تبعا اه (قوله وان أقر بها لرجل لا يتبعها ولدها) قال الزيلعى عن النهاية الولد انما لا يتبعها فى الاقرار اذا لم يدعه المقر له أما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له اه

وفرع عليه بقوله (فلو قال رجل) لآخر (اشترني فاني عبد فاشتراه) ثم ادعى الحرية (فاثبت حريته ضمن) العبد (ان لم يعلم مكان بائعه) لان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه أو سلامة الثمن عند تعذر استيفائه من البائع فجعل المشتري مغرورا والتغرير في المعاوضة سبب الضمان دفعا للضرر بقدر الامكان فاذا ظهر حريته واهليته للضمان وتعذر الاستيفاء من البائع حكم عليه بالضمان (ورجع) اي العبد (عليه) اي على البائع اذا وجده لانه قضى دينا على البائع وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن اذا قضى الدين لتخليص الرهن حيث يرجع على المديون ولو لم يقل اشترني أو قال ولم يقل اني عبد ليس له على العبد شئ (وان علم) اي مكان بائعه (فلا) اي لا يضمن العبد (بخلاف الرهن) فانه اذا قال ارتهني فاني عبد لا يجعل ضامنا لانه مختص بعقد المعاوضة والرهن ليس كذلك بل حبس بلا عوض يقابله وفائدة ذكر المسئلة بطريق التفريع على ذلك الاصل دفع اشكال من اول الامر ذكر في الكتب المشهورة أن الدعوى شرط في حرية العبد عند ابي حنيفة والتناقض يفسد الدعوى (لا عبرة لتاريخ الغيبة) بل العبرة لتاريخ الملك (فلو قال المستحق غابت عني منذ سنة) يعني استحق رجل دابة من يد آخر وقال المستحق عند الدعوى غابت عني هذه الدابة منذ سنة فقبل أن يقضي القاضي بالدابة للمستحق أخبر المستحق عليه البائع عن القصة (فقال البائع لي بينة انها كانت ملكا لي منذ سنتين لا تندفع الخصومة) بل يقضي القاضي بالدابة للمستحق لان المستحق ما ذكر تاريخ الملك بل ذكر تاريخ غيبة الدابة فبقيت دعواه الملك بلا تاريخ والبائع ذكر تاريخ الملك ودعواه دعوى المشتري لان المشتري تلقى الملك منه فصار كان المشتري ادعى ملك بائعه بتاريخ سنتين الا ان التاريخ لا يعتبر حالة الانفراد كما سيأتي فسقط اعتبار ذكره وبقيت الدعوى في الملك المطلق فيقضي بالدابة (العلم بالاستحقاق لا يمنع صحة الرجوع) يعني اذا اشترى شيئا من رجل يعلم انه ليس ملكا له بل لغيره فبعدما استحق ذلك الغير واخذ المشتري من يد المشتري يرجع المشتري على البائع ولا يمنع علمه بالاستحقاق صحة رجوعه (فاذا استولد مشرية يعلم غصب البائع اياها كان الولد رقيقا ويرجع بالثمن) يعني اشترى جارية مغصوبة وهو يعلم أن البائع غاصب فاستولدها كان الولد رقيقا لانعدام الغرور لعلمه بحقيقة الحال ولكن يرجع بالثمن على البائع ولو أقام البائع بينة ان المشتري أقر بعد الشراء بملكية المبيع للمستحق لا يبطل حق الرجوع بالثمن كذا في العمادية (لا يحكم بسجل الاستحقاق بشهادة انه كتاب كذا بل بالشهادة على مضمونه) يعني اذا استحق دابة من يد المشتري ببخارا وقبض المستحق عليه السجل ووجد بائعه بسمرقند وأراد الرجوع عليه بالثمن واظهر سجل قاضي بخارا وأقام البينة ان هذا كتاب قاضي بخارا لا يجوز لقاضي سمرقند ان يعمل به ويقضي للمستحق عليه بالرجوع بالثمن ما لم يشهد الشهود ان قاضي بخارا قضى ببخارا على المستحق عليه بالدابة التي اشتراها من هذا البائع واخرجها من يد المستحق عليه هذا لان الخط يشبه الخط فلا يجوز الاعتماد على

(قوله ان الدعوى شرط في حرية العبد) يعني مطلقا على الصحيح قال الكمال والصحيح ان دعوى العبد شرط عند أبي حنيفة في حرية الاصل والعتق العارض اه (قوله ولو أقام البائع بينة ان المشتري أقر بعد الشراء بملكية المبيع للمستحق لا يبطل حق الرجوع بالثمن كذا في العمادية) قلت قد نقل العمادي قبل هذا عن الذخيرة ما صورته ثم استحقاق المشتري على المشتري انما يوجب الرجوع بالثمن على البائع اذا ثبت الاستحقاق بالبينة أما اذا ثبت باقرار المشتري أو بنكوله عن اليمين أو باقرار وكيله بالخصومة أو نكوله لا يوجب الرجوع بالثمن لان اقراره لا يكون حجة في حق غيره فليتأمل اه

نفس السجل بل يشترط ان يشهدوا على قضاء القاضي وعلى قصر يد المستحق عليه كذا في العمادية (كذا ما سوى نقل الشهادة والوكالة) المراد بما سواهما المحاضر والسجلات والصكوك فان في كل منها تجب الشهادة على مضمون المكتوب لان المقصود بكل منها كونه حجة على الخصم وهو لا يكون الا به بخلاف نقل الوكالة والشهادة فان المقصود بهما حصول العلم للقاضي ولهذا لا يجوز كون شهود الطريق كفارا وان كان الخصم كافرا (قبض كل المبيع فاستحق بعضه بطل البيع في قدره) اي قدر ذلك البعض (فان ورث) اي استحقاق البعض (العيب في الباقي او كان) المستحق (شيئين كشئ واحد) كالسيف بالغمد والقوس بالوتر (خير) المشتري (فيه) اي الباقي وهو ظاهر (والا) اي وان لم يورث عيبا في الباقي ولم يكن شيئين كشئ واحد (لزمه) اي لزم الباقي المشتري (بحصته من الثمن) توضيحه ان البيع اذا بطل في قدر البعض المستحق ينظر ان كان استحقاق ما استحق يورث العيب في الباقي كما اذا كان المعقود عليه شيئا واحدا مما في تبعيضه ضرر كالدار والارض والكرم والعبد ونحوها فالمشتري بالخيار في الباقي ان شاء رضي بحصته من الثمن وان شاء رد وكذا اذا كان المعقود عليه شيئين وفي الحكم كشئ واحد فاستحق احدهما فله الخيار في الباقي وان كان استحقاق ما استحق لا يورث عيبا في الباقي كما اذا كان المعقود عليه ثوبين او عبدين فاستحق احدهما او صبرة حنطة او حملة وزني فاستحق بعضه فانه لا ضرر في تبعيضه فلزم الباقي المشتري بحصته من الثمن وليس له الخيار كذا في شرح الطحاوي (او بعضه) عطف على كل المبيع (فاستحق المقبوض او غيره) اي غير المقبوض (بطل) البيع (فيه) اي فيما اذا قبض البعض (ايضا) اي كما بطل في القدر المستحق في صورة قبض الكل (وخير) المشتري (في الباقي) سواء (اورث) استحقاق البعض (العيب فيه او لا) لتفرق الصفقة على المشتري بسبب الاستحقاق قبل التمام (ادعى حقا) مجهولا (في دار فصولح على شئ) كمائة درهم مثلا (فاستحق بعضها) اي بعض الدار (لم يرجع) صاحب الدار (بشئ) من البدل (على المدعي) لجواز ان يكون دعواه فيما بقي وان قل (او) استحق (كلها) اي كل الدار (رد كل العوض) للعلم بانه اخذ عوض ما لم يملكه فيرد (وان ادعاها) اي الدار كلها (فصولح على شئ) كمائة (فاستحق بعضها) اي بعض الدار (رجع بحصته) لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شئ تبين ان المدعي لا يملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض (صالح عن الدنانير على دراهم وقبضها) اي الدراهم (فاستحقت) اي الدراهم (بعد التفرق رجع بالدنانير) لان هذا الصلح في معنى الصرف فاذا استحق البدل بطل الصلح فوجب الرجوع (جاز اعتاق مشتر من غاصب باجازة بيعه) يعني لو غصب رجل عبدا وباعه فاعتقه المشتري فاجاز المالك بيع الغاصب جاز عتقه عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز اذ لا عتق بدون الملك لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو افاد يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح له الملك الكامل للحديث ولهما ان

(قوله جاز اعتاق مشتر من غاصب باجازة بيعه) كذا لو ادى الغاصب الضمان وكذا وقف الارض المشتراة من غاصبها كما في الفتح

الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك فيتوقف الاعتاق مرتبا
عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن واعتاق الوارث عبدا من
تركة مستغرقة بالدين حيث يصح وينفذ اذا قضى الدين بعده (لا بيعه) أي لا يجوز
بيع المشتري من الغاصب بعدما أجاز المالك بيع الغاصب اذ بالاجازة يثبت
للبائع وهو المشتري الاول ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله
لاستحالة اجتماع الملك البات والملك الموقوف في محل واحد (باع عبد غيره بغير
أمره وبرهن المشتري على اقرار البائع أو المولى انه لم يأمر بالبيع وأراد رد المبيع لم
يقبل) للتناقض في الدعوى اذ اقدامه على الشراء اقرار منه بصحته ونفاذه لان
الظاهر من حال المسلم العاقل مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة مبنية على دعوى
صحيحة فاذا بطلت لاتقبل البينة (وان أقر البائع به عند القاضي بطل ان طلب
المشتري) لان التناقض لايمنع صحة الاقرار لانه غير متهم فيه فان من أنكر شيأ ثم
أقر يصح اقراره بخلاف الدعوى لانه متهم فيه فللمشتري ان يساعده عليه فيتحقق
الاتفاق بينهما فلهذا اشترط طلب المشتري (باع دار غيره بلا أمره واعترف بالغصب
وأنكر المشتري لم يضمن البائع) قال في الكنز من باع دار غيره فادخلها المشتري في
بنائه لم يضمن البائع وقال الزيلعي معنى المسئلة اذا باع دار غيره بغير اذنه ثم
اعترف البائع بالغصب وأنكر المشتري لم يضمن البائع الدار لان اقرار البائع
لايصدق على المشتري ولابد من اقامة البينة حتى يأخذها فاذا لم يقم المستحق
وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافا الى عجزه عن اقامة البينة لا الى عقد
البائع لان الغاصب لايجوز بيعه فعلى هذا التقرير يعلم ان قوله وأدخلها المشتري في
بنائه وقع اتفاقا اذ لا تأثير للادخال في البناء في ذلك ولهذا ترك تلك العبارة ههنا

{باب السلم}

(هو) لغة بمعنى السلف فانه أخذ عاجل بآجل سمي به هذا العقد لكونه معجلا على
وقته فان وقت البيع بعد وجود المبيع في ملك البائع والسلم عادة يكون بما ليس
بموجود في ملكه فيكون العقد معجلا وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى اذا
تداينتم بدين الى أجل مسمى الآية فانها تشمل السلم والبيع بثمن مؤجل وتأجيله
بعد الحلول والسنة وهي قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم
ووزن معلوم الى أجل معلوم والاجماع ويأباه القياس لانه بيع المعدوم لكنه ترك
لما ذكر ولم يستدل بما روى انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان
ورخص في السلم لان محمد بن العز الحنفي قال في حواشي الهداية هذا اللفظ هكذا لم
يرو من أحد من الصحابة في كتب الحديث وكأنه من كلام واحد من الفقهاء وشرعا
(بيع الشئ على أن يكون) ذلك الشئ (دينا على البائع بشرائط معتبرة شرعا)
وسيأتي بيانها (والبائع) في الاصطلاح (مسلم اليه والمشتري رب السلم والمبيع مسلم
فيه والثمن رأس المال ويصح فيما يعلم قدره) أي مقداره أعم من الكيل والوزن
والذرع (وصفته) أي جودته ورداءته ونحو ذلك (كالمكيل والموزون المثمن)

احتراز

{باب السلم}

(قوله والسنة وهو قوله صلى الله عليه
وسلم من أسلم الخ) كذا استدل به في
الهداية عند قوله وهو جائز في المكيلات
والموزونات (قوله ولم يستدل بما روى
انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس
عند الانسان ورخص في السلم الخ) نفي
وروده أصلا في كتب الحديث فيه تأمل
وأحسن منه قول الكمال لفظ الحديث
كما ذكره المصنف فيه غرابة وان كان
في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على انه عثر
عليه بهذا اللفظ قيل والذي يظهر أنه
حديث مركب من حديث النهي عن
بيع ما ليس عند الانسان رواه أصحاب
السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن
أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم
لا يحل سلف وبيع الى أن قال ولا تبع
ما ليس عندك قال الترمذي حسن صحيح
وتقدم والرخصة في السلم رواه الستة عن
أبي المنهال عن ابن عباس رضي الله عنهما
قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس
يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلاث
فقال من أسلف في شئ فليسلف في كيل
معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم وفي
البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى قال انا
كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما
في الحنطة والشعير والتمر والزبيب اهـ
(قوله وشرعا بيع الشئ الخ) اشارة الى
ركنه وهو الايجاب والقبول واشارة الى
انه كما ينعقد بلفظ السلم ينعقد بلفظ
البيع وهو الاصح كما في المحيط والتبيين
وعلى انعقاد البيع بلفظ السلم اتفاق
الروايات كما في شرح المجمع

احترازعن الدنانير والدراهم فانهما من الموزونات لكنها ليست بمثمنة بل اثمان فلا يجوز فيها السلم (والعددى المتقارب كالجوز والبيض والفلس واللبن والآجر بلبن معين والذرعى كالثوب مبينا قدره) اى طوله وعرضه (وصفته) اى غلظه ورقته (ووزنه ان بيع به) اى بالوزن (فصح فى السمك المليح) اى القديد بالملح يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا فى لغة رديئة (والطرى حين يوجد) غير مقيد بوقت دون وقت حتى لو كان فى بلد لا ينقطع يجوز مطلقا (وزنا وضربا) اى نوعا (معلومين) قيد للمليح والطرى (و) صح (فى الطست والقمقمة والخفين اذا عين) كل منهما بما يرفع النزاع (لا فيما لا يعلمان) اى قدره وصفته عطف على قوله فيما يعلم قدره وصفته (كالحيوان وأطرافه واللحم والجلود عددا) قيد للجلود (والحطب حزما) جمع حزمة وهى بالفارسية بنده هيزم (والرطبة جرزا) جمع جرزة وهى بالفارسية دسته تره (والجوهر والخرز) بالتحريك الذى ينظم فان فى كل منها تفاوتا فاحشا يمنع السلم حتى ان بين الطول والعرض والصفة فى الجلود وقدر ما يشد به الحزمة جاز (والمنقطع) اى ولا فيما انقطع ولم يوجد من حين العقد (الى) حين (المحل) اى الاجل بأن استغرق العدم جميع الوقت من العقد الى الاجل (و) لا (بكيل أو ذراع معين لم يعلم قدره) لان التسليم يتأخر فيه فربما يضيع فيؤدى الى المنازعة (و) لا (برقرية اوثمر نخلة معينة) اذ قد تعتريه آفة فلا يقدر على التسليم (وشرط صحته بيان الجنس) كبر وشعير (والنوع) كسقيه وبخسيه (والصفة) كجيد وردىء (والقدر) نحو كذا كيلا لا ينقبض ولا ينبسط (والاجل واقله شهر فى الاصح) وقيل ثلاثة ايام وقيل أكثر من نصف يوم (وقدر رأس المال فى الكيلى والوزنى والعددى) يعنى يشترط بيان قدر رأس المال وان كان مشارا اليه فيما يتعلق العقد

(قوله احترازعن الدنانير والدراهم) أخرج الفلوس لانه يجوز السلم فيها الا انها سلع باعتبار الاصل والسلم فى التبر لا يجوز على قياس رواية الصرف لانه ألحقه بالمضروب وعلى رواية الشركة يجوز لانه ألحقه بالعروض وهو رواية عن أبى يوسف أيضا انه كالعروض كما فى المحيط (قوله والعددى المتقارب) اى عددا ويجوز أيضا كيلا كما فى التبيين وقال فى شرح المجمع ذكر فى المختلف يجوز السلم فى الجوز والبيض عددا وكيلا ووزنا عندنا (قوله ووزنه ان بيع به) اى بالوزن كذا قال الزيلعى وان كان ثوب حرير يباع بالوزن لابد من بيان وزنه مع ذلك أى الذرع والصفة والصنعة لانه يصير معلوما به اهـ وقال فى شرح المجمع وفى الايضاح فى الديباج والحرير من المذروعات لا يكفى ذكر الذرع والصفة بل لابد من بيان الوزن لانهما يختلفان باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته والحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته فلابد من بيانه اهـ (قوله ولا يقال مالح الا فى لغة رديئة) قال فى الجوهرة احتجوا لها بقول الشاعر بصرية تزوجت بصريا ٭ أطعمها المالح والطريا والحجة للغة الفصيحة قوله تعالى وهذا ملح أجاج أى شديد الملوحة اهـ (قوله وزنا) اشارة الى أنه لا يجوز السلم فى السمك ١٩٥ الملح والطرى عددا لانه متفاوت وأما السمك الصغار اذا كان يكال فالصحيح أنه يجوز السلم فيه كيلا ووزنا كذا فى الجوهرة وسواء فيه الطرى والمملوح كما فى فتح القدير (قوله كالحيوان) شامل جميع أنواعه حتى العصافير لان النص لم يفصل كذا فى التبيين (قوله واللحم) أطلقه فشمل منزوع العظم وفيه روايتان أصحهما المنع عند أبى حنيفة وأجازاه مطلقا كالالية والشحم والسمك وزنا وبه يفتى لان اللحم موزون مضبوط اذا بين وصفه وموضعه كما فى مواهب الرحمن وشرح المجمع وقال فى المحيط لو اسلم فى منزوع العظم جاز فى رواية عنه أى الامام وهو الاصح اهـ فصار الفتوى على قول الامام لهذه الرواية موافقة لقولهما (قوله والجلود عددا) يشير الى انه يجوز وزنا قال الزيلعى اذا كانا يباعان وزنا يجوز السلم فيهما بالوزن اهـ (قوله والجوهر) هذا فى الكبار منه ويجوز فى صغار اللؤلؤ وزنا لانه يعلم به كذا فى شرح المجمع (قوله وقدر ما يشد به الحزمة) قال الزيلعى لو عرف ذلك بأن بين الحبل الذى يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدى الى النزاع جاز (قوله المحل) مصدر ميمى بكسر الحاء بمعنى الحلول (قوله بأن استغرق العدم جميع الوقت) ليس شرطا حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو بالعكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وحد الانقطاع أن لا يوجد فى الاسواق وان كان فى البيوت كذا فى التبيين (قوله ولا برقرية) قيد بقرية لانه لو أسلم فى طعام ولاية يجوز لان حصول الآفة لطعام الولاية نادر وهذا اذا نسب الى قرية لتؤدى من طعامها وأما اذا نسب اليها لبيان وصف الطعام فالسلم جائز كذا فى شرح المجمع (قوله وشرط صحته الخ) بيان للشروط التى تذكر فى العقد ومحصلها أنه يشترط فى العقد بيان ضبط المسلم فيه وبيان ضبط رأس المال المكيل أو الموزون أو المعدود وذلك أى ضبط كل منهما أى المسلم فيه ورأس مال بذكر جنسه ونوعه وصفته وقدره فهذه الاربعة تذكر فى كل من المسلم فيه ورأس المال ويشترط لدوام صحة العقد تسليم رأس المال فى مجلس العقد ونقد الدراهم لتمييز الجيد من الردىء وخلوص البدلين عن أحد وصفى علة الربا وهو القدر او الجنس كاسلام الهروى فى المروى والحنطة فى الشعير والحديد فى الرصاص وكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين لتخرج النقود والاجل

على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود (المتقارب) كالجوز والبيض وقالا لا يشترط معرفة القدر بعد التعيين بالاشارة حتى لو قال لغيره أسلمت اليك هذه الدراهم في كر بر ولم يدر وزن الدراهم أو قال أسلمت اليك هذا البر في كذا منا من الزعفران ولم يدر قدر البر لا يصح عنده وعندهما يصح وأجمعوا على أن رأس المال اذا كان ثوبا أو حيوانا يصير معلوما بالاشارة (ومكان ايفاء ما لحمله مؤنة والا) أي وان لم يكن لحمله مؤنة (فيوفيه حيث شاء) وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال (كذا الثمن) أي الثمن المؤجل بأن باع عبدا حاضرا ببر موصوف في الذمة الى أجل حيث يشترط بيان مكان الايفاء (والقسمة) بأن اقتسما دارا وشرط أحدهما على صاحبه شيئا له حمل ومؤنة لزيادة غرس أو بناء في نصيبه يشترط بيان مكان الايفاء (والاجر) بأن استأجر دارا أو دابة بما لحمله مؤنة دينا في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء (وشرط بقائها) أي بقاء صحة السلم (قبض رأس ماله قبل الافتراق) فانه ينعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض (فان أسلم مائة نقدا ومائة على المسلم اليه في كر بر بطل في حصة الدين) لانتفاء القبض في المجلس وجاز في حصة النقد لاجتماع شرائطه ولا يشيع الفساد لانه طار لوقوع السلم صحيحا ابتداء حتى لو نقد رأس المال في المجلس صح (لا يتصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض) أما الاول فلان فيه تفويت القبض الواجب بالعقد وأما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف فيه قبل قبضه لا يجوز كما مر (بشركة) متعلق بقوله لا يتصرف بأن يقول رب السلم أعطي نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك (أو تولية) بأن يقول اعطي مثل ما أعطيت المسلم اليه ليكون المسلم فيه لك (أو نحوهما) وانما خصهما بالذكر لانهما أكثر وقوعا من المرابحة والوضيعة وفرع على قوله لا يتصرف الى آخره بقوله (فان تقايلا السلم لم يشتر) أي رب السلم (من المسلم اليه شيئا برأس المال حتى يقبضه) كله لئلا يلزم التصرف في رأس المال قبل قبضه (اشترى كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح) يعني أسلم كرا فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لاجتماع الصفقتين بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان (وان أمر مقرضه صح) يعني ان لم يكن سلما وكان قرضا وأمر مقرضه بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان (كذا) أي صح أيضا في الصورة الاولى (لو) اشترى المسلم اليه كرا و(أمر رب السلم بقبضه له) أي لاجل المسلم اليه (ثم لنفسه ففعل) أي اكتاله للمسلم اليه ثم اكتاله لنفسه وانما صح لاجتماع الكيلين (ولو أمره رب السلم) أي أمر رب السلم المسلم اليه ان يكيل المسلم فيه (في ظرف رب السلم فكال في ظرفه بغيبته أو أمر المشتري البائع فكال في ظرفه) أي ظرف البائع (لم يكن قبضا) لان الامر بالكيل لم يصح لعدم مصادفته ملك الآمر لان حقه في الدين لا العين

فصار

ووجود المسلم فيه مدة تأجيله ومكان الايفاء ٩٦ فيما له حمل ومؤنة وخلوص العقد عن خيار شرط لاحدهما اه هذه الجملة من الفتح والمحيط وغيرهما (قوله فيوفيه حيث شاء وهو الاصح) كذا في الهداية وهو رواية الاجارات اه وقال في المحيط وفي رواية البيوع والجامع الصغير يتعين وهو الاصح وهو قولهما اه وقال الزيلعي وهو الاظهر من قولهما اه ثم قال في المحيط واذا شرط مكانا آخر فيما لا حمل له ولا مؤنة في رواية لا يتعين لانه لا يفيد المأمور وفي رواية يتعين وهو الاصح لانه يفيد لان قيمته تختلف باختلاف الامكنة اه (قوله كذا الثمن الخ) قول أبي حنيفة وعندهما يتعين موضع العقد والقسمة كذا في شرح المجمع وقال قبله مكان القرض والغصب والاستهلاك يتعين للايفاء اتفاقا من المحيط اه وقال في المحيط لو اشترى طعاما بطعام من جنسه وشرط أحدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع كيفما كان لان في أحد الجانبين زيادة بدل وهو الحمل والايفاء اه (قوله ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض) قال في الهداية أما اذا كان رأس السلم من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ وان كان عينا فلان السلم أخذ عاجل بآجل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس المال لينقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لانه يمنع تمام القبض وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض (قوله فان أسلم مائة نقدا ومائة على المسلم اليه الخ) أشار به الى انه لو كان العين والدين مختلفي الجنس بأن أسلم مائة درهم وعشرة دنانير دينا أو عكسه لا يجوز في الكل أما حصة الدين فلما ذكرنا وأما حصة العين فلجهالة ما يخصه وهذا عنده وعندهما يجوز في حصة العين كذا في التبيين

فصار المسلم اليه مستعيرا الظرف رب السلم وواضعا ملك نفسه فيها (بخلاف كيله فى ظرف المشترى بأمره) يعنى لو اشترى مثلا حنطة معينة فأمر المشترى البائع ان يكيله فى ظرف المشترى ففعله صار قابضا لانه ملك الحنطة بالشراء فأمره صادف ملكه (كيل العين ثم كيل الدين فى ظرف المشترى قبض وعكسه لا) صورته رجل أسلم فى كر حنطة فلما حل الاجل اشترى رب السلم من المسلم اليه كر حنطة بعينها ودفع رب السلم ظرفا الى المسلم اليه ليجعل الكر المسلم فيه والكر المشترى فى ذلك الظرف فان بدأ بكيل العين المشترى فى الظرف صار قابضا للعين لصحة الامر فيه وللدين المسلم فيه لمصادفته ملكه كمن استقرض حنطة وأمر المقرض ان يزرعها فى ارضه وان بدأ بالدين لم يصر قابضا لشئ منهما أما الدين فلعدم صحة الامر فيه وأما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند أبى حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضى به لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين وعندهما بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه فى المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما (اسلم أمة فى كر وقبضت) أى قبضها المسلم اليه (فتقايلا فماتت بقى) أى التقايل (اوماتت فتقايلا صح) أى التقايل (وعليه) أى على المسلم اليه (قيمتها) يوم قبضه (فيهما) أى فى الموت بعد التقايل وقبله يعنى اذا اشترى كرا بعقد السلم وجعل رأس المال أمة وسلمها الى المسلم اليه ثم تقايلا عقد السلم ثم ماتت الامة فى يد المسلم اليه بقى التقايل ولو ماتت وتقايلا صح التقايل لان الجارية رأس المال وهو فى حكم الثمن فى العقد والمبيع هو المسلم فيه وصحة الاقالة تعتمد قيام المبيع لا الثمن كما مر فهلاك الامة لا يغير حال الاقالة من البقاء فى الاولى والصحة فى الثانية فاذا انفسخ العقد فى المسلم فيه انفسخ فى الجارية تبعا فوجب عليه ردها وقد عجز عنه فوجب رد قيمتها (كذا المقايضة) وهى بيع العين بالعين كما مر (فى وجهيه) يعنى تبقى الاقالة وتصح بعد هلاك أحد العوضين لان كل واحد منهما مبيع من وجه وثمن من وجه فى الباقى يعتبر المبيعية وفى الهالك الثمنية (بخلاف الشراء بالثمن فيهما) يعنى اذا اشترى أمة بألف فتقايلا فماتت فى يد المشترى بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان الامة هى الاصل فى البيع فلا تبقى بعد هلاكها ولا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لعدم محلها (القول لمدعى الرداءة والاجل) أى اذا اختلف عاقدا السلم فى شرط الرداءة والاجل فالقول لمدعيهما أما الرداءة فبأن يقول المسلم اليه شرطنا الردىء وقال رب السلم لم نشترط شيئا ليكون العقد فاسدا فالقول للمسلم اليه لان رب السلم متعنت فى انكاره الصحة لان المسلم فيه زائد على رأس المال عادة ولو ادعى رب السلم شرط الرداءة وقال المسلم اليه لم نشترط شيئا فالقول لرب السلم لانه يدعى الصحة وبالجملة القول فى الصورتين لمدعى الصحة عنده وللمنكر عندهما وأما الاجل فايهما ادعاه فالقول له عنده لانه يدعى الصحة وللمنكر عندهما (الاستصناع) وهو أن يقول لصانع كالخفاف اصنع لى من مالك خفا من هذا الجنس بهذه الصفة بكذا (باجل) كأن يقول الى شهر مثلا (سلم) سواء (تعامل او لا) نحو خف وطست وقمقمة ونحوها (أو لا) كالثياب ونحوها أما كون

(قوله وأما العين فلانه) أى المأمور خلطه بملكه وهذا الخلط غير مرضى به يعنى لم يرض به الآمر (قوله وعندهما بالخيار ان شاء نقض البيع الخ) كذا فى الهداية ونقل الزيلعى عن قاضيخان انه عند أبى يوسف يصير قابضا لهما جميعا كما اذا بدأ بالعين وقال محمد يصير قابضا للعين دون الدين وخلط المأمور باذن المشترى بالعين فيشتركان فيه اه ملخصا (قوله القول لمدعى الرداءة والاجل) أى أصل الاجل مطلقا وقيل القول قوله الى أدنى الآجال وذلك شهر وفيما زاد عليه لا يقبل الا ببينة وان اختلفا فى قدر الاجل فالقول للطالب أى رب السلم مع يمينه لانه ينكر زيادة ما يستفاد من جهته وان اختلفا فى مضيه فالقول للمطلوب انه لم يمض لان الطالب يدعى عليه ايفاء الحق بمضى المدة والمطلوب ينكر وان أقاما البينة فبينة المطلوب لانها تثبت زيادة أجل فتكون أكثر اثباتا كذا فى المحيط (قوله وأما الاجل فأيهما ادعاه فالقول له عنده لانه يدعى الصحة وللمنكر عندهما) أقول تعميم الخلاف سهو بل الخلاف انما هو فيما اذا ادعى المسلم اليه الاجل فيصدق عند أبى حنيفة بيمينه لا عندهما وأما اذا ادعاه رب السلم فيصدق اتفاقا نص عليه فى التبيين والهداية والمجمع والمواهب والمحيط موضحا بالتعليل

(قوله المبيع هو العين) قول الجمهور وهو الاصح كما في التبيين (قوله وله اي للآمر الخيار) اي دون الصانع وهو الاصح وعن ابي حنيفة ان الصانع له الخيار ايضا وعن ابي يوسف لا خيار لواحد منهما كذا في الهداية (قوله ولم يصح اي السلم في غير المتعامل

الاستصناع باجل سلما اذا لم يتعاملوا فبالوفاق واما اذا تعاملوا فعند ابي حنيفة يصير سلما وعندهما لا لان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على مقتضاه ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح وله انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى (و) الاستصناع (بدونه) اي بدون الاجل (صح) استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل من زمن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يصح (بيعا لا عدة) كما نقل عن الحاكم الشهيد وفرع على قوله صح بيعا بقوله (فالصانع يجبر على عمله) ولو كان عدة لم يجبر وبقوله (والآمر لا يرجع عنه) ولو كان عدة لجاز رجوعه (المبيع هو العين لا عمله) كما ذهب اليه ابو سعيد البردعي قولا بأن الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل وفرع على كونه العين بقوله (فلو جاء) اي الصانع (بما صنعه قبل العقد او غيره) عطف على ضمير صنعه وجاز للفصل (صح) ولو كان المبيع عمله لما صح (ولا يتعين) اي المبيع (له) اي للآمر (بلا رضاه فصح بيعه قبل رؤية الآمر) ولو تعين له لما صح بيعه (وله) اي للآمر (الخيار) بعد رؤيته لانه اشترى ما لم يره (ولم يصح) اي السلم (في غير المتعامل كالثوب الا باجل) يعني لو امر حائكا ان ينسج له ثوبا بغزل من عنده بدراهم معلومة لم يجز اذ لم يجر فيه التعامل فبقي على اصل القياس الا اذا شرط فيه الاجل وبين شرائط السلم فحينئذ يجوز بطريق السلم

(مسائل شتى)

جمع شتيت بمعنى المتفرق (صح بيع كل ذي ناب او مخلب) كالكلب والفهد والسباع والطيور الجوارح علمت اولا لانه مال متقوم آلة الاصطياد (الا الخنزير) لانه نجس العين (والذمي فيه) اي في البيع (كالمسلم) لقوله صلى الله عليه وسلم فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين (الا في بيع الخمر والخنزير) فان عقدهم فيهما كعقد المسلم على العصير والشاة (وميتة لم تمت حتف انفها) فانها كالخنزير وانما قال لم تمت حتف انفها لانها لو ماتت كذلك بطل بيعها اتفاقا لانها ليست بمال عند احد وقد مر في البيع الفاسد وفرع على قوله والمسلم فيه كالذمي بقوله (فاذا اشترى) اي الذمي (عبدا مسلما او مصحفا يصح) لدخوله تحت اطلاق الحديث (ويجبر على بيعه) لان في ابقائه في يده اذلالا له (ووطء زوج المشتراة قبض لا نكاحها) يعني اذا اشترى جارية وزوجها قبل قبضها صح فان وطئها زوجها فقد قبضت للمشتري والا فلا يكون بمجرد تزويجها قابضا لها (اشترى عبدا فغاب فبرهن البائع على بيعه وعدم قبض ثمنه (ان علم مكانه لم يبع لدينه) اي دين البائع لامكان ان يصل البائع

كالثوب الا باجل) لعل صوابه ولم يصح اي الاستصناع لانه المتحدث عنه كما يفصح عنه شرحه بقوله يعني لو امر حائكا ان ينسج الخ على ان هذا مستدرك بما قدمه من قوله الاستصناع باجل سلم تعاملوا اولا (قوله كالكلب) لا فرق فيه بين جميع انواع الكلاب المعلم وغير المعلم وشرط شمس الائمة لجواز بيع الكلب كونه معلما او قابلا للتعليم كما في التبيين وفي المحيط يجوز بيع الكلب مذبوحا لطهارة جلده ولحمه اه (قوله والسباع) شامل للقرد فيجوز بيعه في الصحيح كما في التبيين وكذا يجوز بيع لحومها ولحوم الحمر المذبوحة في الرواية الصحيحة لانه طاهر منتفع به من حيث اكال الكلاب والسنانير بخلاف لحم الخنزير لانه لا يجوز ان يطعم الكلاب والسنانير كذا في المحيط اه قلت وهذا ظاهر على تصحيح طهارة اللحم بالذكاة الشرعية واما على اصح التصحيحين من انها لا تطهر الا الجلد دون اللحم فلا يصح بيع اللحم اه (قوله لانه مال متقوم آلة الاصطياد) يشير الى انه لا يجوز بيع هوام الارض لعدم الانتفاع بها كالحية والعقرب والوزغ والعظاءة والقنافذ ونحوها ويجوز بيع العلق في الصحيح لتمول الناس واحتياجهم اليه لمعالجة مص الدم من الجسد بوضعها عليه كما في المحيط (قوله ووطء زوج المشتراة قبض) كذا العتق والتدبير لان المالية قد تلفت بثبوت الحرية حقيقة او حقه ومن ضرورته يصير قابضا كذا في التبيين (قوله اشترى شيأ فغاب) يعني قبل القبض بخلاف ما اذا غاب المشتري بعد القبض حيث لا يجيب الحاكم البائع لان حقه غير متعلق بالمبيع حينئذ كما في التبيين (قوله فبرهن البائع الى على بيعه وعدم قبضه) فيه شهادة على النفي وهي غير مقبولة ويمكن الجواب بأن هذه البينة ليست للقضاء بل لنفي التهمة وانكشاف الحال فبعد انكشافه عمل القاضي بموجب اقرار البائع ولذا لا يحتاج الى خصم حاضر

الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري (والا) أي وان لم يعلم مكانه (بيع العبد) وادى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار البائع فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه يبيعه القاضي كالراهن اذا مات مفلسا يبيع القاضي الرهن ويقضي الدين (وان اشتريا) أي ان كان المشتري اثنين (وغاب احدهما فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه) أي المبيع (وحبسه حتى ينقد شريكه) لانه مضطر في الدفع اذ لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شئ والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له حق الحبس عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه (باع) شيئا (بألف مثقال ذهب وفضة تنصفا) اي الذهب والفضة (به) أي بالمثقال بان يجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة مثقال من الفضة لانه أضاف المثقال اليهما على السواء (و) باع شيئا (بالف من الذهب والفضة تنصفا) اي الذهب والفضة (بمثقال ودرهم وزن سبعة) أي يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل منهما (قبض زيفا عن جيد بلا علم وتلف أو اتلف كان قضاء) يعني اذا كان له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه و يرجع بجياده لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف اذ لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب الرجوع الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها للمامر ولا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له كذا في الكتب المشهورة قال صدر الشريعة يرد عليه ان مثل هذا في الشرع كثير فان جميع تكاليف الشرع من هذا القبيل لانها ايجاب ضرر قليل لاجل نفع كثير اقول ليس شئ من تكاليف الشرع من هذا القبيل فان الضرر فيها دنيوي والنفع أخروي ولا يجوز للعبد ترك النفع الاخروي لانه حق الله تعالى بخلاف ما نحن فيه فان الضرر والنفع فيه دنيويان ويجوز للعبد ترك النفع الدنيوي لانه حقه ولهذا جاز التجوز به كما مر وبالعثور على صدور أمثال هذا عن هذا الفاضل يتبادر الى الظن انه كثيرا ما يغفل عن دقائق هذا الفن (أفرخ طير او باض أو تكنس ظبي في أرضه) قيد للجميع (كان) كل من الفرخ والبيض وولد الظبية (للآخذ) لا لرب الارض لانه مباح سبقت يده اليه (كصيد تشبث بشبكة نصبت للجفاف ودرهم أو سكر نثر فوقع على ثوب لم يعد له) أي سابقا (ولم يكف) أي لاحقا حتى اذا اعد الثوب لذلك فهو لصاحب الثوب وكذا اذا لم يعد لكن لما وقع فيه كفه صار بهذا الفعل له بخلاف ما اذا عسل النحل في أرضه لانه عد من انزاله بتملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع فيها بجريان الماء

{ ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط }

ههنا اصلان أحدهما ان كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد

(قوله كالراهن اذا مات مفلسا) كذا لو مات المشتري مفلسا قبل القبض (قوله والمضطر يرجع) يشير الى ما لو كانا مستأجرين فغاب أحدهما ونقد الآخر كل الاجرة فانه يكون متبرعا لكونه غير مضطر في نقد نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا عن العناية قلت يمكن أن يقال هذا اذا لم يشترط المؤجر تعجيل الاجرة فليتأمل (قوله أو باع شيئا بألف من الذهب والفضة تنصفا الخ) قال الزيلعي على هذا لو قال لفلان علي كر حنطة وشعير وسمسم يجب عليه من كل جنس ثلثه أي الكر وهذا قاعدته في المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيره من الموزون والمكيل والمعدود والمذروع اه (قوله فينصرف الى الوزن المعهود في كل منهما) أقول هذا باعتبار زمانهم في المعاملة واما الآن فالفضة ليس فيها دراهم وزن سبعة وهي قطع صغار كل اربعة وزن درهم تسمى أنصافا ونوع يسمى قرشا كلما يبلغ ثلاثين نصفا فضة وآخر يسمى ريالا وآخر بندقيا وهي مختلفة وزنا ومالية وأيضا الذهب مختلف مالية بالدينار وبالبندقي والشريفي والابراهيمي فيفسد البيع باطلاق الشراء بذهب وفضة لهذا (قوله وقال أبو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بجياده) كذا في الهداية والتبيين اه وقال في الحقائق نقلا عن العيون ما قاله أبو يوسف حسن دفعا للضرر فاخترناه للفتوى كذا في النهر (قوله أفرخ طيرا وباض او تكنس ظبي في أرضه الخ) يعني وهي غير معدة لذلك فان كانت مهيأة له فهو لصاحبها (قوله بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه الخ) يعني وان لم تكن ارضه (قوله ههنا اصلان الخ) من كلام الزيلعي

معدة لذلك كما في التبيين

{ ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط }

لان الشرط الفاسد من باب الربا وهو فى المعاوضات المالية لا غيرها من المعاوضات والتبرعات لان الربا هو الفضل الخالى عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة كما مر هى زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيها فضل خال عن العوض وهو الربا ولا يتصور ذلك فى المعاوضات الغير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحوها ولا فى التبرعات كالهبة بل يفسد الشرط ويصح التصرف وثانيهما ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز فى التمليكات لانه من باب القمار وما هو من باب الاسقاط المحض الذى يحلف به يجوز تعليقه مطلقا وذلك كالطلاق والعتاق وما هو من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم وكذا التحريضات قال صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه وهو اربعة عشر (البيع) وقد مر بيانه فى البيع الفاسد (واجازته) فان اجازة البيع كالبيع حتى لو قال ان زاد فلان فى الثمن فقد أجزت البيع بطلت الاجازة (والقسمة والاجارة) فان فى الاولى معنى المبادلة وفى الثانية معنى تمليك المنفعة والاجرة (والرجعة) فانها استدامة الملك فيكون معتبرا بابتدائه فلا يجوز تعليقه بالشرط (والصلح عن مال) بمال فيكون معاوضة مال بمال فيكون بيعا (والابراء عن الدين) فانه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات (الا اذا علق بكائن) أى بشرط واقع حتى لو قال لمديونه مال بمن ده فقال بشريك تو داده أم فقال المدعى أكر داده بيزار شدم از تو وداده أت صحت البراءة لان هذا تعليق البراءة بشرط كائن كذا فى الاستروشنية (وعزل الوكيل والاعتكاف) فانهما ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط (والمزارعة والمعاملة) فانهما اجارة لان من يجيزهما لم يجزهما الا على اعتبار الاجارة فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان بالشرط (والاقرار) فانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان

(قوله وهو اربعة عشر) زدت عليه مسائل اجازة البكر البالغة عقد أبيها كما فى الخلاصة وحجر المأذون وتعليق القاضى حجر رجل سفيه فاذا قال القاضى لرجل حجرت عليك اذا سفهت لم يكن حكما بحجره كما فى العمادية والاجل يبطل بالشرط الفاسد قاله فى العمادية وفى الخلاصة وابطال الاجل يبطل بالشرط الفاسد ولو قال كلما حل نجم ولم تؤده فالمال حال صح والمال يصير حالا فى حيل شمس الائمة الحلوانى اه والصلح عن القتل خطأ أو الجراحة الموجبة للمال كما سيذكره المصنف والاقالة لا يجوز تعليقها بالشرط كما سيذكره المصنف فى ما يصح اضافته الى المستقبل فهذه الجملة تزاد على الاربعة عشر (قوله البيع) صورة البيع بشرط كقوله بعته بشرط استخدامه شهرا وتعليقه بالشرط كقوله بعته ان كان زيد حاضرا وفى اطلاق البطلان على البيع بشرط تسامح لانه من قبيل الفاسد لا الباطل واليه يشير قوله وقد مر فى البيع الفاسد (قوله وقد مر بيانه فى البيع الفاسد) لكنه لم يفصل فيه بين ما اذا كان الشرط بكلمة ان أو بكلمة على وقد فصله العمادى والزيلعى فقال لا يجوز تعليق البيع بالشرط مطلقا ان كان الشرط بكلمة ان بأن قال بعت منك ان كان كذا ويبطل البيع به سواء كان الشرط نافعا أو ضارا زاد العمادى أو كيفما كان اه الا فى صورة واحدة وهى أن يقول بعت منك ان رضى فلان به فانه يجوز اذا وقت ثلاثة أيام لانه اشتراط الخيار للاجنبى وهو جائز كذا أطلق الجواز الزيلعى ونسبه العمادى بقوله قال أبو الفضل يجوز اذا وقت الخ وان كان الشرط بكلمة على فان كان الشرط مما يقتضيه العقد أو يلائمه أو فيه أثر أو جرى التعامل به كما اذا شرط تسليم المبيع أو الثمن أو التأجيل أو الخيار لا يفسد البيع ويجوز الشرط وان كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم تجر العادة به فان كان فى الشرط منفعة لاهل الاستحقاق فسد البيع والا فلا (قوله واجازته) ذكره العينى فى شرحه للكنز ولم يذكر فى بعض نسخ الكنز ولم يذكره العمادى (قوله والرجعة الخ) أما كونها لا يصح تعليقها بالشرط فواضح لانها معتبرة بالنكاح وقال العمادى النكاح لا يصح تعليقه بالشرط ولا اضافته ولكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط اه وأما بطلانها بالشرط فلم يتضح ذلك لانها معتبرة بابتداء النكاح وهو لا يبطل بالشرط الفاسد فليتأمل فى ذلك وفيما فرق به بينهما فى النهر كذا (قوله لان هذا تعليق البراءة بشرط كائن) قال العمادى والتعليق بشرط كائن تحقيق قلت فعلى هذا لا يختص الاستثناء بالابراء عن الدين الا ترى أنه لو قال ان لم أكن زوجتها من فلان فقد زوجتها منك فقبل وظهر أنه لم يكن زوجها ينعقد هذا النكاح ولا يخفى ان اطلاق الشرط على مثل هذا مجاز لان الشرط ما كان على خطر الوجود كما اذا قال لمديونه ان مت بنصب تاء الخطاب فأنت برىء لا يصح لانه تعليق بخطر وهو بمنزلة قوله ان دخلت الدار فأنت برىء ولو قال ان مت بضم تاء المتكلم فأنت برىء أو أنت فى حل جاز لانه وصية كما فى العمادية وجامع الفصولين وقاضيخان والتتارخانية عن النوازل وغيرها فليتنبه لهذا فانه مهم (قوله والاعتكاف) هذا ينافى ما قدمه من صحة نذر الاعتكاف قبيل باب الاعتكاف قال صاحب النهر فيحمل هذا على رواية فى الاعتكاف وان كان الاكثر على الرواية الاخرى اه (قوله والاقرار الخ)

كذبا لا يكون صدقا لفوات الشرط ولا بالعكس وانما التعليق فى الايجابات ليتبين انه ليس بواقع قبل وجود الشرط (والوقف) فان فيه تمليك المنفعة (والتحكيم) فانه تولية صورة وصلح معنى اذ لا يصار اليه الا بتراضيهما لقطع الخصومة بينهما فباعتبار انه صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار أنه تولية يصح فلا يصح بالشك (وما لا يبطل به) أى بالشرط الفاسد ستة وعشرون (القرض والهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع والعتق والرهن والايصاء والوصية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والكتابة الا اذا كان الفساد فى صلب العقد) صلب الشئ ما يقوم به ذلك الشئ وقيام البيع بالعوضين فكل فساد يكون فى احد العوضين يكون فسادا فى صلب العقد قال الزيلعى الكتابة انما لا تفسد بالشرط المفسد اذا كان الشرط غير داخل فى صلب العقد بان كاتبه على أن لا يخرج من البلد أو على أن لا يعامل فلانا فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط وأما اذا كان الشرط داخلا فى صلب العقد بان كاتبه المسلم على خمر أو خنزير فانها تفسد به وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال فى حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال فى حق نفسه فعملنا بالشبهين فلشبهها بالبيع تفسد اذا كان المفسد فى صلب العقد ولشبهها بالنكاح لا تبطل بالشرط الزائد أقول بهذا يعلم ان ما قال فى الاستروشنية والعمادية أولا ان تعليق الكتابة بالشرط لا يجوز وانها تبطل بالشرط الفاسد مبنى على كون الفساد فى صلب العقد وما قالا ثانيا ان الكتابة بشرط متعارف وغير متعارف تصح ويبطل الشرط مبنى على كون الشرط زائدا ليس معه فساد فى صلب العقد ولهذا قيد الشرط فى الاول بالفاسد دون الثانى فلا وجه لما قال بعض المتصلفين هذا الكلام لا يتم على اطلاقه لانه لو كاتب عبده بشرط أن لا يخرج من المدينة صحت الكتابة وبطل الشرط ففى هذه الصورة لم تبطل الكتابة بفساد الشرط (واذن العبد فى التجارة) بان يأذن المولى لعبده بشرط أن يؤقت بشهر أو سنة أو نحوهما (ودعوة الولد) بأن يقول المولى ان كان لهذه الأمة حمل فهو منى (والصلح عن دم العمد) وكذا الابراء عنه ولم يذكروا اكتفاء بالصلح اذ ليس بينهما كثير فرق فان الولى اذا قال للقاتل عمدا ابرأت ذمتك على ان لا تقيم فى هذه البلدة مثلا أو صالح معه عليه صح الابراء والصلح ولا يعتبر الشرط (وعن الجراحة التى فيها القصاص) فان الصلح اذا كان عن القتل الخطأ او الجراحة التى فيها الارش كان من القسم الاول (و) الصلح (عن جناية الغصب) أى المغصوب (و) جناية (الوديعة والعارية اذا ضمنها) أى موجبات الصلح فى الصور المذكورة (رجل وشرط فيها كفالة أو حوالة) فان الصلح صحيح والشرط باطل (وعقد الذمة) فان الامام اذا فتح بلدة وأقر اهلها على املاكهم وشرط وا مع الامام فى عقد الذمة ان لا يعطوا الجزية بطريق الاهانة كما هو المشروع فالعقد صحيح والشرط باطل (والرد بالعيب وبخيار الشرط) بان يقول المشترى ان لم أرد هذا الثوب المعيب عليك اليوم فقد رضيت بالعيب وكذا الرد بخيار الشرط كأن يقول ابطلت خيارى غدا وله الخيار أكثر من ذلك بطل الشرط

كذا قال الزيلعى ثم قال بخلاف ما اذا علق الاقرار بموته أو بمجئ الوقت فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود أو دعوى الاجل فيلزمه للحال (قوله والوقف) قال فى الخلاصة والوقف فى رواية اه وقال العمادى وفى تعليق الوقف بالشرط روايتان (قوله والتحكيم) هو قول أبى يوسف وقال محمد يجوز لان فيه اطلاق الولاية كذا فى العمادية (قوله الطلاق والخلع) أى بمال وبغير مال كما فى العمادية (قوله ودعوة الولد بأن يقول المولى الخ) ليس هذا صورة المسئلة وليس صحيحا تصويرا لها فان المصنف رحمه الله تعالى قدم فى باب ثبوت النسب صحة دعوة الولد معلقا بكونه فى بطن جاريته فالوجه أن تصور بما لو قال هذا الولد منى ان رضيت زوجتى بذلك (قوله والصلح عن جناية الغصب) أى المغصوب كذا ذات الغصب لا يبطل بالشرط وقد ذكره العمادى ثم ذكر جناية الغصب الذى ذكره المصنف (قوله أى موجبات الصلح فى الصور المذكورة) جعلها صورة واحدة لكونها من مدخول الصلح ليصح العدد ستة وعشرون وهكذا عدها فى العمادية

وله الرد بالعيب وخيار الشرط (وعزل القاضي) بان يقول الامام للقاضي اذا وصل كتابي اليك فانت معزول قيل يصح الشرط ويكون معزولا وقيل لا يصح الشرط ولا يكون معزولا وبه يفتى كذا في العمادية والاستروشنية وانما لم تبطل هذه التصرفات بالشرط الفاسد لانها اما من معاوضات غير مالية او من تبرعات او من اسقاطات (وما يصح اضافته الى المستقبل) اربعة عشر (الاجارة وفسخها) اما الاجارة فلانها تمليك المنافع ووجودها لا يتصور في الحال فتكون مضافة ضرورة وهو معنى قول علمائنا الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها واما فسخها فمعتبر بها فيجوز مضافا كما ان فسخ البيع وهو الاقالة معتبر به حتى لا يجوز تعليقه بالشرط ولا اضافته الى الزمان كالبيع اقول هكذا وقعت العبارة منهما فسخ الاجارة الى الاجارة في الفصولين وغيرهما من المعتبرات ووجههما ماذكر وبعد ذلك نقل في الفصولين ما يخالفه حيث قال ذكر في فتاوى القاضي ظهير الدين لو قال آجرتك داري هذه رأس كل شهر بكذا جاز في قولهم ولو قال اذا جاء رأس الشهر فقد فاسختك لم يصح اجماعا كذا ذكر في فوائد صاحب المحيط ولو قال فاسختك غدا هل يصح الفسخ المضاف لا رواية لهذا واختلف المشايخ فيه واختار ظهير الدين انه لا يصح فبين الكلامين تناف ظاهر فليتأمل (والمزارعة والمعاملة) فانهما اجارة حتى ان من يجيزهما لا يجيزهما الا بطريقها ويراعى فيهما شرائطها (والمضاربة والوكالة) فانهما من باب الاطلاقات والاسقاطات فان تصرف المضارب والوكيل قبل العقد والتوكيل في مال المالك والموكل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالعقد والتوكيل اسقطه فيكون اسقاطا فيقبل التعليق (والكفالة) فانها من باب الالتزامات فيجوز اضافتها الى الزمان وتعليقها بالشرط الملائم كما تقرر في موضعه بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقها بالشرط مطلقا لما ذكر (والايصاء) اي جعل الشخص وصيا (والوصية) بالمال لانهما لا يفيدان الا بعد الموت فيجوز تعليقهما واضافتهما (والقضاء والامارة) فانهما تولية وتفويض محض فجاز اضافتهما (والطلاق والعتاق) فانهما من باب الاطلاقات والاسقاطات وهو ظاهر (والوقف) فان تعليقه الى ما بعد الموت جائز (وما لا تصح) اضافته الى المستقبل عشرة (البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين) فان هذه الاشياء تمليكات فلا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار

﴿باب الصرف﴾

عنونه الاكثرون بالكتاب وهو لا يناسب لكونه من انواع البيع كالربا والسلم فالاحسن ما اختيره هنا (هو) لغة بمعنى الفضل فسمي به هذا العقد اذ لا ينتفع بعينه ولا يطلب منه الا الزيادات وبمعنى النقل فسمي به لاحتياجه في بدليه الى النقل من

(قوله كذا في العمادية) عبارة العمادية لو كتب الخليفة اذا اتاك كتابي هذا فانت معزول فوصل اليه يصير معزولا قال ظهير الدين المرغيناني ونحن لا نفتي بصحة التعليق وهو فتوى ٢٠٢ شمس الاسلام الاوزجندي اه وقد مشى في الكنز على ان عزل القاضي لا يبطل بالشرط اه (قلت) ويزاد الغصب كما قدمته والحجر على المأذون لا يبطل به ويبطل الشرط كما في العمادية وتعليق تسليم الشفعة بالشرط يصح بان قال ان اشتريت انت فقد سلمت الشفعة فان اشترى غيره فهو على شفعته (قوله وبعد ذلك نقل الفصولين) حق العبارة وقبل ذلك كما هو مسطور في العمادية (قوله حيث قيل) اراد لفظ قال ظهير الدين الخ فان عبارة العمادي وفي فتاوى قاضي ظهير لو قال آجرتك داري هذه الخ (قوله جاز في قولهم) يعني لانه اضافة لا تعليق ولا تصح الا في شهر واحد كما سيذكره المصنف في الاجارة وتفسد في الباقي الا ان يسمي الكل من الشهور (قوله ولو قال اذا جاء رأس الشهر فقد فاسختك لم يصح اجماعا) لكونه تعليقا للفسخ وليس اضافة له (قوله ولو قال فاسختك غدا الخ) اقول كيف يقال لا رواية لهذا وقد ذكره في الكافي وغيره وعبارته وما لا تصح مضافا الاجارة وفسخها الخ وكذا في العمادية كما نقله المصنف (قوله فبين الكلامين تناف) اقول نعم المنافاة ظاهرة لاختلاف المشايخ في صحة اضافة فسخ الاجارة ولكن المعتمد عليه اختيار عدم الصحة وهو المذكور في الكافي واختيار ظهير الدين كما علمته وعادتهم حكاية الخلاف وهو ظاهر التنافي لا علم به

﴿باب الصرف﴾

(قوله هو لغة بمعنى الفضل) قاله الخليل ومنه سمي التطوع في العبادات صرفا لانه زيادة على الفرائض كذا في التبيين (قوله وبمعنى النقل) زاد الزيلعي والرد وقال في المحيط هو عبارة عن رد الشيء ودفعه يقال صرفت فلانا عن كذا فانصرف اي رددته فارتد ويذكر ويراد به الزيادة بد مجازا يقال لهذا النقد صرف على هذا النقد اي فضل وفي الحديث ولا عدل اي نافلة سمي زيادة من حيث ان رد الشيء من يد الى يد في المعاوضة سبب للزيادة

يدا بيد قبل الافتراق وشرعا (بيع الثمن بالثمن) أي ما خلق للثمنية كالذهب والفضة سواء كان (جنسا بجنس أو بغيره) كبيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة أو الذهب بالفضة أو بالعكس (فان تجانسا) أي الثمنان بأن يكونا ذهبين أو فضتين (لزم التساوي والتقابض) لما عرف في الربا من قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا (قبل الافتراق) بالابدان حتى لو ذهبا يمشيان في جهة واحدة أو ناما أو أغمي عليهما في المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح وقد قال عمر رضي الله تعالى عنه وان وثب من سطح فثب معه بخلاف خيار المخيرة اذا التخيير تمليك فيبطل بما يدل على الرد والقيام دليله (ولو) وصلية (اختلفا) أي المتجانسان (جودة وصناعة) اذ لا عبرة لهما لما عرف في الربا (والا) أي وان لم يتجانسا (فالتقابض) لما مر أن أحد جزئي العلة يحرم النسأ (فلو باع أحدهما بالآخر) أي أحد مختلفي الجنس يعني الذهب بالفضة أو بالعكس (جزافا أو بفضل وتقابضا فيه) أي المجلس (صح) لم يذكر التساوي لانه ليس محل الاشتباه (ولا يتعينان) أي لا يتعين العوضان في الصرف كسائر العقود حتى اذا لم يكن عند العاقدين شيء فاستقرضا فأديا قبل افتراقهما أو استحق كل من العوضين فأعطى كل منهما صاحبه بدل ما استحق من جنسه أو أمسكا ما أشارا اليه في العقد وأعطيا مثلهما جاز (ويفسد) أي الصرف (بخيار الشرط) اذ يمتنع به استحقاق القبض ما بقي الخيار لان استحقاقه مبني على الملك والخيار يمنعه (والاجل) لانه يمنع القبض الواجب (ويصح) الصرف (ان اسقطا) أي خيار الشرط والاجل (في المجلس) لارتفاع المفسد قبل تقرره (ظهر بعض البدل زيفا فرد انتقض فيه فقط) أي انفسخ الصرف في المردود وبقي في غيره لارتفاع القبض فيه فقط (لا يتصرف في ثمن الصرف قبل قبضه) لانه واجب حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته (فلو شرى به) أي بثمن الصرف (ثوبا فسد) بأن باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبضها حتى اشترى بها ثوبا فسد (اشترى أمة مع طوق ذهب قيمة كل ألف درهم بألفين نسيئة فسد في الكل) أما في الصرف فلفوات التقابض وأما في الامة فلان المفسد مقارن

(قوله فان تجانسا لزم التقابض) هذا شرط لصحة الصرف عند بعض ولبقائه عند آخرين وهو الاصح قال الزيلعي فعلى الاول ينبغي أن يشترط القبض مقرونا بالعقد الا أن حالة ما قبل الافتراق جعلت كحالة العقد تيسيرا فاذا وجد القبض فيه يجعل كأنه وجد حالة العقد فيصح وعلى الثاني لا يحتاج الى هذا التقدير (قوله قبل الافتراق) قال في المواهب وان تفرقا قبل قبض أحد البدلين فسد ولم يبطل وتعين المقبوض للرد في رواية كالمودع والمغصوب اه (قوله بالابدان) قال في البدائع انما يعتبر التفرق بالابدان في موضع يمكن اعتباره فان لم يمكن اعتباره يعتبر المجلس دون التفرق بالابدان فان قال الاب اشهدوا اني اشتريت هذا الدينار من ابني بعشرة دراهم ثم قام قبل ان يزن العشرة فهو باطل كذا روي عن محمد رحمه الله تعالى لان الاب هو العاقد فلا يمكن اعتبار التفرق بالابدان فيعتبر المجلس والله أعلم اه ومثله في المحيط عن المنتقى (قوله حتى اذا لم يكن عند المتعاقدين شيء الخ) هذا عند أئمتنا الثلاثة خلافا لزفر وكذا لو تصارفا بهما فهلكت فتقابضا غيرهما من جنس ما سميا جاز عند الثلاثة ولو غصب أحدهما دراهم والآخر دينارا من رجل وتصارفا وتقابضا فأجاز المالك صح ولزم كلا منهما بدل ما غصبه وملك ما اشتراه مع أن الاصل ان البيع لا ينعقد اذا كان الملك في البدلين لواحد لان العقد انعقد في هذه الصورة على مثل النقدين دينا في الذمة فوقع على مالين لعاقدين فنفذ الا أنهما نقدا ما غصب بدلا عن الواجب عليهما فلزم الاجازة من المالك واذا اجاز لا يملك استرداد المنقود لكونه صار قرضا واذا لم يجز ونقدا مثل ما عقدا عليه في المجلس صح بخلاف ما لو كان البدلان عبدا وجارية والمسألة بحالها فأجازا المالك لا يصح لتعلق العقد بالعين لواحد واذا غصب أحدهما دراهم والآخر عبدا منه صحت الاجازة لان العبد وان تعين في العقد فالدراهم لم تتعين فلم يقع العقد بمالين في ملك واحد بل في ملك اثنين كذا في العمادية (قوله ويفسد بخيار الشرط والاجل) أي فسادا من الاصل لانه فساد مقترن بالعقد كما في المحيط وقيد بشرط الخيار لان خيار العيب والرؤية يصحان فيه كذا في شرح المجمع الا أن خيار الرؤية لا يثبت الا في العين أي فيما يتعين كالتبر والحلي لانه ينفسخ العقد بالرد كما في المحيط لا في الدين لانه لا فائدة في رده بالخيار اذ العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز ان يكون المقبوض مثل المردود أو دونه فلا يفيد الرد كذا في العناية (قوله فلو شرى به) أي بثمن الصرف ثوبا فسد يعني فسد شراء الثوب وبقي الصرف على حاله كما في المحيط (قوله اشترى أمة الى قوله فسد في الكل) هذا عند أبي حنيفة وعندهما فسد في الطوق خاصة لان القبض ليس شرطا في صحتها وله ان الفساد مقارن فيتعدى الى الجميع كما لو جمع بين حر وعبد كما في التبيين

للعقد وقد تقرر فى الكل معنى من حيث أن قبول العقد فى البعض شرط لقبوله فى الباقى (ولو نقد ألفا) يعنى فى المسئلة السابقة (أو اشتراهما) أى الامة والطوق (بألفين أحدهما نقد والآخر نسيئة فهو ثمن الطوق) أما فى الاولى فلان قبض حصة الطوق فى المجلس واجب لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وأما فى الثانية فلان الاجل باطل فى الصرف جائز فى بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر من العاقدين (وان) وصلية (لم يبين) انه ثمن الطوق (أو قال) خذ هذا (من ثمنهما) أما اذا لم يبين فظاهر لانه لما باع قصد الصحة ولا صحة الا بأن يجعل المقبوض فى مقابلة الفضة وأما اذا قال خذ هذا من ثمنهما فلان معناه خذ هذا على انه بعض ثمن مجموعهما والظاهر أن الالف ليس ثمن المجموع وثمن الفضة بعض ثمن المجموع فيحمل عليه تحريا للجواز (كذا اذا باع سيفا حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهو حصتها) أى الحلية (ان تخلص بلا ضرر) وكان المقبوض حصة الحلية وان لم يبين ذلك لما ذكرنا وكذا اذا قال خذ هذا من ثمنهما فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد فى الحلية لانه صرف فيها (والا) أى وان لم تخلص بلا ضرر (بطل) العقد (فيهما) أى السيف والحلية اما الحلية فلما مر واما السيف فلانه لا يمكن تسليمه بغير ضرر ولهذا لم يجز افراده بالعقد كالجذع فى السقف (باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض واشتركا فى الاناء) لانه صرف كله وصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد فالفساد طار لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع (وان استحق بعضه أخذ المشترى باقيه بقسطه أورده) لان الشركة عيب فى الاناء (وان استحق بعض قطعة نقرة بيعت أخذ الباقى بقسطه بلا خيار) لان التبعيض لا يضره (صح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين و) بيع (كر بر وكر شعير بضعفهما) أى كرى بر وكرى شعير وعند زفر والشافعى لا يصح لانه قابل الجملة بالجملة ومن ضرورته الانقسام على الشيوع وفى صرف الجنس الى خلافه تغيير تصرفه قلنا المقابلة المطلقة تحتمل الصرف المذكور فتحمل عليه تصحيحا للصرف وليس فيه تغيير أصل التصرف بل وصفه اذ موجبه ثبوت الملك فى الكل

(قوله ولو نقد ألفا فى المسئلة السابقة الخ) فيه نظر لانه اشترط فيه اشتراءهما بالفين نسيئة فصار العقد فاسدا من الاصل على قول الامام كما ذكرناه فلا يحكم بصحته لو نقد الفا بعده والذى يظهر لى ان هذا اشتباه بمسئلة ما لو اشتراهما بالفين ولم يذكر أجلا ولا غيره فنقد الفا كانت حصة الطوق وصح العقد وهى مذكورة فى التبيين اهـ فليتأمل (قوله وكذا اذا قال خذ هذا من ثمنهما) أى فيصح العقد فيهما لما مر فان قيد بأنها من ثمن النصل وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا قبل القبض انتقض البيع فى الحلية لتصريح الدافع بالقيد بالنصل كذا عن المبسوط وقال الزيلعى يحمل على ما اذا كانت الحلية تتخلص بلا ضرر توفيقا بينه وبين ما فى المحيط لو قال هذا من ثمن السيف خاصة ينظر ان لم يمكن التمييز الا بضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعا لانه قصد صحة البيع ولا صحة له الا بصرف المنقود الى الصرف وان امكن تمييزها بغير ضرر بطل الصرف لانه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع ويجوز البيع بدون جواز الصرف اهـ (قوله باع اناء فضة) يعنى بفضة أو ذهب كما فى التبيين (قوله وان استحق بعضه أخذ المشترى باقيه بقسطه أورده) كذا فى الهداية والكنز وقال فى المحيط اشترى اناء مصوغا أو قلبا بذهب ثم استحق الاناء أو بعضه بطل البيع اهـ فليتأمل فيما بين النقلين (قوله وان استحق بعض قطعة نقرة بيعت أخذ الباقى بقسطه بلا خيار لان التبعيض لا يضره) هذا اذا استحق بعد القبض ولو كان قبله ثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام كما فى الجوهرة وشرح المجمع ولو أجاز المستحق فى مسئلة استحقاق بعض الاناء والنقرة قبل أن يحكم له بالاستحقاق جاز العقد وكان الثمن له يأخذه البائع من المشترى ويسلمه اليه اذا لم يفترقا قبل الاجازة ويصير العاقد وكيلا للمجيز فتتعلق حقوق العقد بالوكيل دون المجيز حتى لو افترق المتعاقدان قبل اجازة المستحق بطل العقد أى فيما استحق وان فارقه المستحق قبل الاجازة والمتعاقدان باقيان فى المجلس صح العقد كذا فى الجوهرة (قوله ومن ضرورته بمقابلة الانقسام على الشيوع) أى لا على التعيين فيتحقق فيه شبهة الربا لمقابلة الجنس بالجنس (قوله قلنا المقابلة المطلقة) أى عن التعرض لقيد يحتمل الصرف المذكور أى الى خلاف الجنس لان عند الوجود لا يوجد الا مقيدا لتعذر وجود ذات بدون صفة وان كان اللفظ غير متعرض للصفة بل للذات فقط فيحمل عليه أى على المقيد المصحح تصحيحا للتصرف عند تعذر العمل بالاطلاق ألا ترى انه لو قال عند المقابلة على أن يكون الجنس بخلاف الجنس صح ولو كان منافيا لما صح فكان حمله على المقيد المصحح أولى من حمله على المقيد المفسد وهو مقابلة الكل بالكل شائعا لطلب الصحة (قوله وليس فيه تغيير أصل التصرف بل وصفه) جواب بالمنع لدعوى مطلق تغيير التصرف بصرف الجنس الى خلافه واثبات تغيير الوصف

بمقابلة الكل وهو حاصل بهذا الوجه (و) صح بيع (أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) بان يكون عشرة بعشرة دراهم ودرهم بدينار بالطريق المذكور (و) صح (بيع درهم صحيح ودرهمين غلة) وهى ما يرده بيت المال ويأخذه التجار (بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) لتحقق التساوى فى الوزن وسقوط اعتبار الجودة (من له على آخر عشرة دراهم فباع من هى) أى العشرة (عليه دينارا بها) أى بعشرة عليه (صح) بالاجماع وتقع المقاصة بنفس العقد (وان باعه) أى الدينار (بعشرة مطلقة) أى غير مقيدة بكونها عليه (ودفعه) أى الدينار (وتقاصا العشرة بالعشرة صح أيضا) اذ صار لكل واحد منهما على الآخر عشرة دراهم فتقاصا العشرة بالعشرة فيكون التقاص فسخا لبيع الدينار بالعشرة المطلقة وبيعا للدينار بعشرة على عمرو اذ لو لم يحمل عليه لكان استبدالا ببدل الصرف (الغالب الفضة) أى من الدراهم (و) الغالب (الذهب) من الدنانير (فضة وذهب حكما) ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر فى الجياد (فلا يصح بيع الخالص به) أى بالخالص (ولا بيع (بعضه) أى بعض الغالب الفضة والذهب (ببعض) منه (الا متساويا وزنا) وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا وذلك لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردىء سواء (والغالب الغش منهما) أى الدراهم والدنانير (فى حكم العروض) اعتبارا للغالب (فصح بيعه) أى بيع الغالب الغش (بالخالص) من الدراهم والدنانير (ان كان) أى الخالص (أكثر) من المغشوش صرفا للجنس الى الجنس وغيره الى الزائد (و) صح بيعه أيضا (بجنسه متفاضلا) صرفا للجنس الى خلاف الجنس (بشرط التقابض فى المجلس) فى الصورتين وانما شرط لان القبض فى الخالص شرط فشرط فى الغش لعدم التمييز (وان كان) أى الخالص (مثله) أى مثل غالب الغش (أو أقل) منه (أو لا يدرى فلا) أى لا يصح البيع للربا فى الاولين ولاحتماله فى الثالث (واذا راج) يعنى غالب الغش (لم يتعين بالتعيين والا) أى وان لم يرج (يتعين به) لانه ما دام يروج كان ثمنا فلا يتعين بالتعيين والا فهو سلعة فيتعين بالتعيين وان كان يقبله البعض دون البعض فهو كالزيوف لا يتعلق العقد بعينه بل بجنسه زيفا ان كان البائع يعلم حاله لتحقق الرضا منه وبجنسه من الجياد ان لم يعلم لعدم رضاه (فالمبايعة والاستقراض بما يروج منه يكون وزنا أو عددا أو بهما) أى ان كان يروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيه يكون بالوزن وان كان يروج بالعدد فبالعدد وان كان يروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المتعارف فيما لا نص فيه (والمتساوى كغالب الخالص فى المبايعة والاستقراض) حتى لا يجوز البيع بها ولا اقراضها الا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة ولا ينتقض العقد بهلاكها قبل التسليم ويعطيه مثلها لان الخالص موجود فيها حقيقة ولم يصر مغلوبا فيجب اعتبارها بالوزن شرعا الا أن يشار اليها كما فى الخالصة (وكغالب الغش فى الصرف) حتى اذا باعها بجنسها جاز على وجه الاعتبار ولو باعها بالخالص لم يجز حتى يكون الخالص أكثر مما فيه من الخالص فان أحدهما لما لم يغلب على الآخر وجب اعتبارهما (اشترى شيئا به) أى بغالب

(قوله وصح بيع درهم صحيح الخ) المراد بالصحة الحل المقابل للحرمة قال فى الجوهرة لا بأس بالاحتيال فى التحرز عن الدخول فى الحرام (قوله فيكون التقاص فسخا لبيع الدينار بالعشرة المطلقة) أى فسخا بطريق الاقتضاء وحدوث الدين بعد عقد الصرف كالذى قبله فى الاصح كما فى التبيين (قوله وصح بيعه بجنسه متفاضلا) أى بيع الغالب الغش بجنسه متفاضلا وهذا اذا كان يخلص منه النقد بالاذابة فان كان يحترق ولا يخرج منه شئ كان حكمه حكم النحاس الخالص حتى لا يكون للفضة أو الذهب فيه اعتبار أصلا فلا يجوز بيعه بجنسه الا متساويا كما فى التبيين (قوله الا أن يشار اليها) متعلق بيجب اعتبارها بالوزن أى فيجوز البيع بما أشار اليه منها بلا وزن وليس متعلقا بقوله ولا ينتقض العقد بهلاكها قبل التسليم لانها ثمن فلم تتعين فلا يبطل بهلاكها مشارا اليها (قوله على وجه الاعتبار) يعنى فلا يشترط التساوى بل التقابض قال فى الهداية وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهى فى حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض فى المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض فى الفضة شرط فى الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر اهـ

(قوله فكسد) قال في شرح المجمع حد الكساد ان لا تروج في جميع البلاد عند محمد وعندهما الا تروج في بلد العاقدين كذا في العيون اه وقال الزيلعي حد الكساد أن تترك المعاملة بها في جميع البلاد وان كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل البيع لكنه يتعيب اذا لم يرج في بلدهم فيتخير البائع ان شاء أخذه وان شاء أخذ قيمته اه وقال في الجوهرة وحكاه في المحيط عن النوادر ومعنى قوله كسدت أي في جميع البلدان أما اذا كانت تروج في هذا البلد ولا تروج في غيره لا يفسد البيع لانها لم تهلك ولكنها تعيبت فكان البائع بالخيار ان شاء قال أعطني مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمة ذلك دنانير اه فصاحب الجوهرة قيد الصحة برواجها في بلد العقد والزيلعي أطلقه وهو يناسب كلام العيون (قوله بطل البيع عند أبي حنيفة) أشار الى أنه لا يبطل عند صاحبيه لكن لا يعلم منه اللازم على المشتري فكان ينبغي بيانه وهو كما في الجوهرة قال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع قال في النهاية وعليه الفتوى وقال محمد قيمتها آخر ما تعامل الناس بها اه وفي فتح القدير الفتوى على قول محمد وحد الانقطاع أن لا توجد في السوق وان وجدت في يد الصيارفة والبيوت كذا في شرح المجمع (تنبيه) قيد بالكساد لانها اذا غلت أو رخصت كان عليه رد المثل بالاتفاق كذا في الجوهرة عن النهاية (قوله لانه ثمن بالاصطلاح) كان الاولى أن يقال لانها اه واشار بهذا الى انه لو تبايعا الفلوس بالفلوس أو بالدراهم أو الدنانير فنقد أحدهما دون الآخر جاز لانه يصير بيع عين بدين وانما شرط في بيع النقدين بأحدهما قبض البدلين نصا لا قياسا والفلوس ليست في معناهما لان الثمنية لهما صفة أصلية خلقية والفلوس صفة عارضية على شرف الزوال بالكساد فلا يكون النص الوارد ثمة واردا هنا دلالة وان افترقا لا عن قبض أحدهما أي الفلوس وما قوبل بها بطل العقد سواء كان ما قوبل بها فلوسا مثلها أو فضة أو ذهبا لانه دين بدين كذا في المحيط (قوله استقرض فلوسا فكسدت) يعني وقد هلكت لانها ان كانت قائمة عنده يرد عينها اتفاقا كما سنذكره وقوله رد مثلها عند أبي حنيفة أشار به الى انه يرد قيمتها عند صاحبيه لكن لا يعلم منه اعتبار وقت القيمة وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يوم القبض وعند محمد رحمه الله تعالى يوم الكساد وقول محمد أنظر (الا للجانبين وقول أبي يوسف أيسر كذا في الهداية اه والاصح ان عليه قيمتها يوم الانقطاع من الذهب والفضة كذا في المحيط اه ومحل الخلاف فيما اذا هلكت ثم كسدت أما لو كانت باقية عنده فانه يرده عينها اتفاقا كذا في شرح المجمع (قوله شرى بنصف درهم فلوس أو دانق فلوس أو قيراط فلوس صح) هذا استحسان لا قياس وهو قول زفر وكذلك بدرهم فلوس يجوز الا انه في الدرهم أخش لان الفلوس ليست بثمن في الاصل وانما ضربت لتقام مقام المكسور من الفضة لحاجة الناس الى ذلك في شراء المحقرات لان كسر الدرهم الواضح مكروه كذا في المحيط وقال في شرح المجمع ويجيز أبو يوسف الشراء بدرهم فلوس لانه معلوم عند الناس ومنعه محمد لان القياس كان يأبى عن جواز مثل هذا الشراء الا أنه ترك القياس فيما دون درهم لجريان العادة عليه والاصح أنه يجوز في الدرهم أيضا لكونه متعارفا اه وفي الهداية قالوا وقول أبي يوسف أصح سيما في ديارنا (قوله قال مشتر لمن أعطاه الى قوله فسد البيع في الكل) هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان فساد البيع في الفضة سرى الى الفلوس وأجازه أبو يوسف ومحمد في الفلوس لانه غير سار عندهما كذا في شرح المجمع

الغش (أو بفلوس نافقة فكسد واحد منهما قبل التسليم بطل البيع) عند أبي حنيفة لان الثمن هلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح ولم تبق فبقي بيعا بلا ثمن فبطل واذا بطل (فيرد المبيع ان قام) ولم يهلك (والا فمثله) ان كان مثليا (أو قيمته) ان كان قيميا (صح) أي البيع (بفلوس نافقة بلا تعيين) لانه ثمن بالاصطلاح (وبكاسدة به) أي بالتعيين لانه سلعة فلا بد من تعيينه (استقرض فلوسا فكسدت رد مثلها) عند أبي حنيفة لانه اعارة وموجبها رد العين معنى وذا بالمثل والثمنية فضل فيه اذ صحة استقراضه لم تكن باعتبار ثمنيته بل لانه مثلي وبالكساد لم يخرج من كونه مثليا ولذا صح استقراضه بعد الكساد (شرى بنصف درهم فلوس أو دانق فلوس أو قيراط فلوس صح) وقال زفر لا يصح لانه اشترى بالفلوس فانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها قلنا ما يباع بنصف الدرهم من الفلوس أو الدانق معلوم عند الناس فأغنى عن البيان (وعليه) أي على المشتري ان يدفع الى البائع قدر (ما يباع بها) أي بنصف درهم أو دانق او قيراط (منها) أي من الفلوس (قال) مشتر (لمن أعطاه درهما) من الصيارفة (أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا) أي ما ضرب من الفضة على وزن نصف درهم

(الاجنبية فسد) أي البيع (في الكل) للزوم الربا (بخلاف أعطني به نصف درهم فلوس ونصفا الاجنبية) اذ يكون النصف الاجنبية بمثله وما بقي بالفلوس (ولو كرر أعطني) بأن قال أعطني بنصفه فلوسا وأعطني بنصفه نصفا الاجنبية (صح) أي البيع (في الفلوس فقط) ولم يصح في نصف درهم الاجنبية لانه لما كرر صار عقدين وفي الثاني ربا وفساد أحد البيعين لا يوجب فساد الآخر

﴿تذنيب﴾ لكتاب البيع (بيع الوفاء قيل رهن) قال الشيخ الامام نجم الدين النسفي في فتاواه البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالا للربا وسموه بيع الوفاء هو في الحقيقة رهن وهذا المبيع في يد المشتري كالرهن في يد المرتهن لا يملكه ولا يطلق له في الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما أكل من ثمره أو استهلكه من شجره والدين يسقط بهلاكه اذا كان به وفاء بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلك عن غير صنعه وللبائع استرداده اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الاحكام لان المتعاقدين وان سمياه بيعا ولكن غرضهما الرهن والاستيثاق بالدين لان البائع يقول لكل أحد بعد هذا العقد رهنت ملكي فلانا والمشتري يقول ارتهنت ملك فلان والعبرة في التصرفات للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني فان أصحابنا قالوا الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط أن لا يبرأ كفالة وهبة الحرة نفسها بحضرة الشهود مع تسمية المهر نكاح والاستصناع الفاسد اذا ضرب فيه الاجل سلم ونظائره كثيرة وكان الامام السيد أبو شجاع على هذا (وقيل بيع) ذكر في مجموع النوازل اتفق مشايخنا في هذا الزمان على صحته بيعا على ما كان عليه بعض السلف لانهما تلفظا بلفظ البيع من غير ذكر شرط فيه والعبرة للملفوظ نصا دون المقصود فان من تزوج امرأة ومن نيته أن يطلقها بعد ما جامعها صح العقد (وقيل) قاله قاضيخان (الصحيح انه) أي العقد الذي جرى بينهما (ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا) لان كلا منهما عقد مستقل شرع لكل منهما أحكام مستقلة بل يكون بيعا (فان شرطا) أي العاقدان (الفسخ فيه) أي في العقد (فسد) لان البيع يفسده (كذا) أي يفسد أيضا (ان لم يشترطاه) أي الفسخ (و) لكن (تلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء) لان هذا الشرط مفسد له (أو) تلفظا (بالبيع الجائز وعندهما) أي والحال أن في زعمهما (هو بيع غير لازم)

(قوله ولو كرر أعطني صح أي البيع في الفلوس فقط) هذا اختيار الاكثر كما في المواهب اه ويبطل في الفضة بالاجماع كما في التبيين لكن قالوا فيه اشكال لان قول أعطني مساومة كلفظ بعني والمساومة لا ينعقد البيع فكيف يتكرر بتكراره ولعل الوجه أن يقال تكرار أعطني يدل على أن مقصوده تفريق العقد فحمل على أنهما عقدا عقدين كذا في شرح المجمع وأصل الخلاف في السابقة أن العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن ووجه الاجماع في الثانية حصول التكرار وتفصيل الثمن كذا في التبيين

(قوله قيل رهن) كان ينبغي أن لا يذكره بصيغة التمريض لان مستنده ما ذكره بقوله قال الشيخ الخ بل يقول بيع الوفاء مختلف فيه قال الشيخ كذا وقوله قال الشيخ الى وكان السيد أبو شجاع من فصول العمادي بالحرف وفيه زيادة تقوية لهذا القول ينبغي مراجعتها (قوله وقيل بيع) مستنده ما ذكره بقوله ذكره في مجموع النوازل الخ وهو في العمادية أيضا لكنه ليس فيه لفظ وقيل بل كما قدمناه فكان ينبغي اتباعه كذلك وذكر بعده ما يؤيده من غير صيغة تمريض (قوله وقيل قاله قاضيخان الخ) من العمادية أيضا وعبارته وفي فتاوى قاضيخان ان البيع الذي اعتاده أهل سمرقند ويسمونه بيع الوفاء الصحيح أن العقد الخ فكان على المصنف رحمه الله تعالى أن يفعل كذلك وقد اقتصر المصنف على بعض ما في العمادية ولا وجه له فعليك بمراجعته وقد ذكر في البزازية تسعة أقوال في بيع الوفاء يجب مراجعتها فذكر فيها ما نصه أجاب عماد الدين وعلاء الدين بدر ومنهاج الشريعة في المشتري وفاء اذا باع باتا أو وفاء أو وهب أن هذا التصرف لا يصح واذا مات المشتري وفاء فورثته يقومون مقامه في أحكام الوفاء اه عبارة البزازية وهل كذلك ورثة البائع وفاء فلينظر ومن الاقوال التسعة قول جامع لبعض المحققين انه فاسد في بعض الاحكام حتى ملك كل منهما الفسخ وصحيح في حق بعض الاحكام كحل الانزال ومنافع المبيع ورهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه ولا يملك قطع الشجر ولا هدم البناء وسقط الدين بهلاكه وانقسم الثمن ان دخله نقصان كما في الرهن قال صاحب البحر بعد نقله عن البزازية وينبغي أن لا يعدل في الافتاء عن القول الجامع اه (قلت) وهو يفيد أن ورثة البائع يقومون مقامه كورثة المشتري نظرا لجانب الرهن وهي حادثة الحال والله الموفق بمنه وكرمه

فانه أيضا يفسد حينئذ عملا بزعمهما (وان ذكرا) أى العاقدان (البيع من غير شرط ثم ذكراه) أى الشرط (على وجه الميعاد جاز) أى البيع لخلوه عن المفسد (ويلزم الوفاء به) لان المواعيد قد تكون لازمة فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس (صح) بيع الوفاء فى العقار استحسانا للتعامل واختلف (فى المنقول) قيل يصح لعموم الحاجة وقيل لا يصح لخصوص التعامل

﴿ كتاب الشفعة ﴾

لما فرغ من البيع بأنواعه شرع فيما يترتب عليه وهذا أحسن من تأخيرها الى أواخر الكتاب كما وقع فى سائر الكتب (هى) لغة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى ملك الشفيع وشرعا (تملك العقار) وهو الضيعة وقيل ماله أصل من دار أو ضيعة كذا فى المغرب (وما فى حكمه) كالعلو قال فى الكافى العلو يستحق بالشفعة وتستحق به الشفعة فى السفل وان لم يكن طريق العلو فى السفل لانه التحق بالعقار بما له من حق القرار (جبرا على مشتريه بمثل) متعلق بالتملك (ما قام عليه) من الثمن (وتثبت) أى الشفعة (بعد البيع للخليط) أى الشريك (فى نفس المبيع ثم) أى بعد ما سلمها تثبت للخليط (فى حقه) أى حق المبيع (كالشرب والطريق الخاصين) معنى خصوصهما أن يكون الشرب من نهر لا تجرى فيه السفن وأن لا يكون الطريق نافذا (ثم) أى بعد ما سلمها تثبت (لجار ملاصق ولو ذميا أو مأذونا أو مكاتبا) لاطلاق ما روى من قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم وقوله صلى الله عليه وسلم جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا والمراد جار هو شريك فى الطريق ويثبت الحكم فى الشرب دلالة لان الشفعة انما تثبت بالشركة فى الطريق باعتبار الخلطة وقد وجدت فى الشرب (بابه فى سكة أخرى) فان بابه ان كان فى تلك السكة كان خليطا فى حق المبيع فلا يكون جارا ملاصقا صورته منزل مشترك بين اثنين فى دار هى لقوم فى سكة غير نافذة اذا باع أحد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك فى المنزل أحق بالشفعة فان سلم فالشركاء فى الدار أحق من الشركاء فى السكة لانهم أقرب للشركة بينهم فى صحن الدار فان سلموا فأهل السكة أحق للشركة فى الطريق فان سلموا فللجار الملاصق وهو الذى على ظهر هذا المنزل وباب داره فى سكة أخرى (ولو) وصلية أى ولو كان الجار الملاصق (واضع الجذع على حائطه) أى حائط المبيع (أو شريكا) للبائع (فى خشبة عليه) أى على الحائط فان الجار بهذا المقدار لا يكون خليطا فى حق المبيع ولا يخرج عن كونه جارا ملاصقا كذا فى الهداية والكافى وغيرهما وهذه العبارة أحسن من عبارة الوقاية لان المتبادر منها تغايرهما الجار (على عدد الرؤس) متعلق بقوله وتثبت (لا قدر الملك) وعند الشافعى تثبت على قدر الملك صورته دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر سدسها وللثالث ثلثها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعة قضى بالشقص المبيع بينهما عند الشافعى أثلاثا بقدر ملكهما وان باع صاحب السدس قضى بينهما أخماسا وان باع صاحب الثلث قضى بينهما أرباعا وعندنا يقضى بينهما نصفين فى الكل

﴿ كتاب الشفعة ﴾

هى حق الشرع نظرا لمن كان شريكا أو جارا عند البيع (قوله ولو ذميا الخ) يعنى به من تثبت له الشفعة وسواء كان أنثى أو صغيرا أو معتق البعض والخصم عن الصبيان فى الشفعة لهم وعليهم آباؤهم أو أوصياء الآباء عند عدمهم والاجداد من قبل الآباء عند عدمهم وان لم يكن فأوصياء الاجداد فان لم يكن فالامام أو الحاكم يقيم لهم من ينوب عنهم فى الخصومة والطلب كما ذكره قاضيخان (قوله اذ لابد من طلب المواثبة) أقول الصواب اذ لابد من الاشهاد بعد طلب المواثبة لان طلب المواثبة هو الذى يستغنى عنه بالاشهاد ابتداء فلم يبق بد من الاشهاد وعلى ما صوبناه يتفرع قوله فاذا اشهد ابتداء على طلبها تيسر أخذ المقصود ولو كان كما قال لا يصح أن يتفرع عليه لابطاله ما فرع عليه فتأمل منصفا

(وتستقر) عطف على تثبت أي تستقر الشفعة (بالاشهاد) اذ لا بد من طلب المواثبة لان حق الشفيع ضعيف يبطل بالاعراض فاذا أشهد ابتداء على طلبها تيسر أخذ المقصود بحكم القاضي ولم يبق حاجة الى اليمين على ما سيأتي (ويملك) أي العقار وما في حكمه (بالقضاء او الاخذ بالرضا) بين الشفيع والمشتري قال في الوقاية والكنز ويملك بالاخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي وصرح شارحاهما بأن قوله أو بقضاء القاضي عطف على الاخذ لا على التراضي لان القاضي اذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل أخذه ولما كان عبارة المتنين موهمة لعطف بقضاء القاضي على التراضي بل ظاهرة فيه غير العبارة الى ما هو أحسن منها ثم اذا ثبت الملك للشفيع قبل أخذه بعد حكم القاضي كان هذه العبارة أحسن من عبارة الهداية أيضا حيث قال ويملك بالاخذ اذا سلمها المشتري أو حكم بها حاكم لان قوله أو حكم عطف على سلم فيلزم أن يكون الاخذ معتبرا في كل من تسليم المشتري وحكم القاضي وليس كذلك في الثاني (وبطلبها) أي الشفيع الشفعة اعلم ان الطلب ههنا ثلاثة طلب المواثبة وطلب الاشهاد والتقرير وطلب الاخذ والتملك ذكر الاول بقوله وبطلبها الشفيع (في مجلس علمه بالبيع بسماعه) متعلق بالعلم (من رجلين أو رجل وامرأتين أو واحد عدل) وقالا يكفي واحد حرا كان أو عبدا صبيا أو امرأة اذا كان الخبر صدقا (وان امتد) أي المجلس لانه لما ثبت له خيار التملك احتيج الى زمان التأمل كما في المخيرة فلو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله أو لا حول ولا قوة الا بالله أو سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد لله تعالى على الخلاص من جوار البائع مع الامن من ضرر الدخيل بالشفعة والثاني تعجب منه بقصد اضراره والثالث لافتتاح الكلام كما هو عرف بعض الناس فلا يدل شيء منه على الاعراض (بلفظ) متعلق بيطلبها (يفهم منه طلبها) كطلبت الشفعة أو أنا طالبها أو أطلبها ونحو ذلك فان العبرة للمعنى وفي العرف يراد بهذه الالفاظ الطلب للحال لا الخبر عن أمر ماض أو مستقبل حتى قال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل اذا سمع ببيع أرض بجنب أرضه فقال شفعة شفعة كان ذلك منه طلبا كذا في الكافي (وقيل تبطل بأدنى سكوت) حتى لو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته قال في الايضاح الاول أصح (ويسمى) هذا الطلب (طلب مواثبة) ليدل على غاية التعجيل كان الشفيع يثب ويطلب الشفعة والاشهاد فيه ليس بلازم وانما الاشهاد لمخافة الجحود كذا في الهداية والكافي وسيأتي له زيادة تحقيق ان شاء الله تعالى وذكر الثاني بقوله (ثم يشهد عند الدار) لان الحق متعلق بها (أو على البائع) ان كان الدار في يده ولم تسلم الى المشتري فانها اذا سلمت اليه لم يصح الاشهاد عليه لخروجه عن أن يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك (أو المشتري) وان لم يكن ذا يد لانه مالك (قائلا) حال من ضمير يشهد (اشترى فلان هذه الدار وأنا شفيعها وكنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا عليه ويسمى طلب اشهاد) وهذا الطلب واجب حتى اذا تمكن من الاشهاد عند الدار أو على ذي اليد ولم يشهد بطلت شفعته فاذا كان في مكان بعيد فسمع فطلب طلب مواثبة وعجز عن طلب الاشهاد عند الدار

(قوله ويطلبها في مجلس علمه بالبيع الخ) هذا على غير ظاهر الرواية وهي رواية عن محمد وبها أخذ الكرخي رحمه الله وعند عامة المشايخ يشترط أن يكون متصلا بعلمه وهو مروي عن محمد أيضا وهو ظاهر الرواية حتى لو سكت هنيهة بغير عذر ولم يطلب أو تكلم بكلام لغو بطلت شفعته كما في الخانية والزيلعي وشرح المجمع (قوله فلو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله الخ) مفرع على غير ظاهر الرواية وانما هو على رواية اثبات الخيار وان طال المجلس كما في المخيرة (قوله وقيل تبطل بأدنى سكوت) عبارته تقتضي ضعفه وعلمت أن أكثر المشايخ وظاهر الرواية على القول بالبطلان بأدنى سكوت (قوله وسيأتي فيه زيادة تحقيق) الذي سيأتي لا تحقيق فيه بل هذا هو التحقيق فان الاشهاد على طلب المواثبة ليس شرطا فيه (قوله فانها اذا سلمت اليه) يعني الى المشتري (قوله لم يصح الاشهاد عليه) يعني على البائع هكذا ذكره القدوري والناطفي وشيخ الاسلام أنه يصح استحسانا كما في التبيين وفي المواهب وقيل مطلقا يعني يشهد عليه يعني البائع ولو بعد التسليم وهو رواية الجامع الكبير (قوله قائلا اشترى فلان هذه الدار الخ) أقول وانما اقتصر على هذا القدر من تعريف الدار لان الظاهر انه يشير الى الدار والوصف في الحاضر لا يحتاج اليه فلذا لم يذكر حدودها والا فلا بد منه ولذا قال في الخانية ولا بد وأن يبين انه شفيع بالشركة أو بالجوار أو بالحقوق ويبين الحدود لتصير معلومة اهـ (قوله حتى اذا تمكن من الاشهاد عند الدار الخ) يشير به الى تقدير مدة هذا الطلب (قوله أو على ذي اليد) يشير به الى أنه لا يكون البائع خصما عند تسليمه الى المشتري كما قدمه وعلمت أنه يكون خصما استحسانا

أو على ذي اليد بوكيل وكيلا ان وجد والا يرسل رسولا أو كتابا فان لم يجد فهو على شفعته فاذا حضر طلب وان وجد ولم يفعل بطلت شفعته كذا في الذخيرة (واذا أشهد في الاول) يعني طلب المواثبة (عند أحدها) أي عند الدار والبائع أو المشتري (استغنى عنه) أي عن الاشهاد في الثاني لقيامه مقام الطلبين نقله في الكافي عن الفتاوى الظهيرية وفي شرح الهداية عن مبسوط شيخ الاسلام وانما قال عند أحدها لان الاشهاد على مجرد طلب المواثبة بلا حضور واحد مما ذكر لا يقوم مقام الطلبين بلا خفاء (ثم يطلب عند قاض قائلا اشترى فلان دار كذا وأنا شفيعها بدار كذا فمره يسلم الي ويسمى طلب تمليك وخصومة وبتأخيره مطلقا) أي شهرا كان أو أكثر (لا تبطل) أي الشفعة عند أبي حنيفة وقال محمد اذا تركه شهرا بلا عذر بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر لانها لو لم تسقط به تضرر المشتري اذ لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدر بشهر لانه آجل وما دونه عاجل كما مر في الايمان قال شيخ الاسلام الفتوى اليوم على هذا لتغير أحوال الناس في قصد الاضرار بالغير واختاره في الوقاية وجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب ان حقه قد تقرر شرعا فلا يبطل بتأخيره كسائر الحقوق الا أن يسقطها بلسانه وما ذكر من الضرر يمكنه أن يدفعه بأن يرفع الامر الى القاضي حتى يأمر الشفيع بالاخذ أو الترك فمتى لم يفعل فهو المضر بنفسه (وبه يفتى) كذا في الهداية والكافي ولو علم أنه ليس في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتأخير اتفاقا اذ لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا (واذا طلب) أي الشفيع الشفعة عند القاضي (سأل القاضي الخصم عن مالكية الشفيع لما يشفع به فان أقر بها أو نكل عن الحلف على العلم) بأن يحلف بالله ما يعلم انه مالك الدار التي يشفع بها (أو برهن الشفيع) بكونه مالكا لما يشفع به (سأله) أي سأل القاضي المدعى عليه (عن الشراء فان أقر به أو نكل عن اليمين على الحاصل أو السبب) فان ثبوت الشفعة ان كان متفقا عليه يحلف على الحاصل بالله ما يستحق هذا الشفيع الشفعة على وان كان مختلفا فيه كشفعة الجوار يحلف على السبب بالله ما اشتريت هذه الدار لانه ربما يحلف على الحاصل بمذهب الشافعي (أو برهن الشفيع قضى له) أي للشفيع (بها) أي بالشفعة (وان) وصلية (لم يحضر) أي الشفيع (الثمن وقت الدعوى وبعد القضاء لزمه) أي الشفيع احضار الثمن (وللمشتري حبس الدار لقبضه) أي الثمن (وبتأخير أدائه) أي الثمن (لا تبطل) أي الشفعة يعني اذا قيل للشفيع أد الثمن فأخر

ثم لو قصد الابعد من هذه الثلاثة وترك الاقرب فان كانوا جميعا في مصر جاز استحسانا وان بعضهم فيه والبعض في مصر آخر أو في الرستاق فقصد الابعد وترك الذي في مصره بطلت شفعته قياسا واستحسانا كما في التبيين (قوله وما ذكر من الضرر الخ) استشكله الزيلعي بما اذا كان الشفيع غائبا حيث لا يسقط بالتأخير اهـ (قوله قال شيخ الاسلام الفتوى اليوم على هذا) قال في البرهان وهو أصح ما يفتى به يعني ان تصحيح صاحب الذخيرة ٢١٠ والمغني وقاضيخان في جامعه الصغير من كون تقدير السقوط بشهر أصح من تصحيح صاحب الهداية والكافي عدم سقوطها بالتأخير أبدا كسائر الحقوق والفرق بينها وبين سائر الحقوق ان الشفعة حق تملك في العين لا لأمر موهوم وهو احتمال حصول الضرر من المشتري على وجه يحقق الضرر على المشتري وأما سائر الحقوق فلان تأخيرها ينفع من عليه ولا يضره ويمكنه ان يخرج من العهدة بدفعها الى أربابها اهـ (قوله واذا طلب سأل القاضي الخصم عن مالكية الشفيع بما يشفع به) يشير به الى انه لا يكتفي بظاهر اليد لان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق واكتفى به زفر وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف كما في البرهان (قوله واذا طلب سأل القاضي الخصم الخ) أقول في التبيين ذكر سؤال القاضي المدعى عليه عن ملك الشفيع أولا عقب طلب الشفيع وليس كذلك بل القاضي يسأل أولا المدعي قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار من المصر ومحله وحدودها فاذا بين ذلك سأله عن قبض المشتري الدار وعدمه فاذا بين سأله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع بها فاذا بين ولم يكن محجوبا بغيره سأله متى علم وكيف صنع حين علم فاذا بين سأله عن طلب التقرير كيف كان وعند من أشهد وهل كان الذي أشهد عنده أقرب أم لا فاذا بين ذلك كله ولم يخل بشيء في شروطه تم دعواه وأقبل القاضي على المدعى عليه فسأله عن مالكية الشفيع بما يشفع به الخ ولا يقال ان المصنف استغنى عن هذا بقوله ثم يطلب عند قاض قائلا اشترى فلان دار كذا وأنا شفيعها بدار كذا فمره يسلم الي لانا نقول هذا لا يكفي في اثبات هذه الدعوى لما قدمته من الشروط في جانب المدعي لا

لا تبطل الشفعة (والخصم) للشفيع (البائع قبل التسليم) أي تسليم المبيع الى المشتري لانه ذو اليد (و) لكن (لا تسمع البينة) أي بينة الشفيع (عليه) أي على البائع (بغيبة المشتري ويفسخ) أي البيع (بحضوره) أي المشتري لانه المالك (ويقضى بالشفعة والعهدة على البائع) يعني يجب تسليم الدار عليه وعند الاستحقاق يكون عهدة الثمن عليه فيطالب منه بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع من يده حيث لا يعتبر حضوره ولا تكون العهدة عليه لانه صار اجنبيا (الوكيل بالشراء خصم للشفيع) لانه العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد (ما لم يسلمه الى الموكل) فاذا سلمه اليه يكون هو الخصم اذ لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل (للشفيع خيار الرؤية والعيب وان شرط المشتري البراءة منه) أي من العيب لان الاخذ بالشفعة شراء من المشتري ان كان الاخذ بعد القبض وان كان قبله فشراء من البائع لتحول الصفقة اليه فيثبت له الخياران كما اذا اشتراه منهما ولا يسقط خياره برؤية المشتري ولا بشرط البراءة منه لان المشتري ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه (اختلفا) أي الشفيع والمشتري (في الثمن) قال المشتري ألف ومائة وقال الشفيع ألف (فالقول للمشتري) مع يمينه لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عند نقد الاقل والمشتري ينكره (ولو برهنا فالشفيع اولى) لان بينته أكثر اثباتا معنى وان كان بينة المشتري أكثر اثباتا صورة لان البينات للالزام وبينة الشفيع ملزمة بخلاف بينة المشتري فان بينة الشفيع اذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار اليه بألف شاء أو ابى واذا قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفيع شئ بل يتخير بين الاخذ والترك (ادعى المشتري ثمنا وبائعه أقل منه بلا قبضه فالقول له) أي البائع (وبه) أي بالقبض (للمشتري) يعني اذا ادعى المشتري ثمنا وادعى بائعه أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قال البائع لان الامر ان كان كما قاله البائع فالشفيع يأخذ به وان كان كما قاله المشتري يكون حطا عن المشتري بدعواه الاقل وحط البعض يظهر في حق الشفيع كما مر وسيأتي فيأخذه به وان كان البائع قبض الثمن أخذها الشفيع بما قال المشتري اذا ثبت ذلك بالبينة أو بيمينه لان البائع باستيفاء الثمن خرج من البين والتحق بالاجانب فبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري وقد ثبت ان القول فيه للمشتري (حط البعض يظهر في حق الشفيع) حيث يأخذ المبيع بالاقل لانه يلتحق بأصل العقد فكان الثمن ما بقي (لا حط الكل) لان العقد حينئذ يكون بيعا باطلا أو هبة وعلى التقديرين لا تصح الشفعة (و) لا (الزيادة) على الثمن الاول لان استحقاقه الاخذ بما دونها (وفي الشراء بمثلي يأخذ) الشفيع (بمثله وفي قيمي) يأخذه (بالقيمة ففي) بيع (عقار بعقار يأخذ كلا بقيمة الآخر) يعني اذا بيع عقار بعقار يأخذ شفيع كل من العقارين كلا منهما بقيمة الآخر لانه بدله وهو من ذوات القيم (وفي ثمن) أي في المبيع بثمن (مؤجل يأخذ بحال أو يطلب الآن ويأخذ بعد الاجل) لانه يثبت بالشرط وليس من لوازم العقد واشتراطه في حق المشتري لا يكون اشتراطا في حق الشفيع كالخيار والبراءة من العيوب ورضا البائع به في

(قوله والخصم للشفيع البائع قبل التسليم) يعني في طلب التملك (قوله ويفسخ أي البيع بحضوره أي المشتري) يعني مع حضور المالك (قوله الوكيل بالشراء خصم الخ) أقول لكن لا يشترط للقضاء حضور الموكل ولا كذلك البائع لانه ليس بنائب عن المشتري بخلاف الوكيل (قوله ادعى المشتري ثمنا وبائعه أقل منه بلا قبضه فالقول للبائع) أقول ولو ادعى البائع أكثر يتحالفان يعني البائع والمشتري وايهما نكل ظهر ان الثمن ما قاله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا فسخ القاضي البيع ويأخذها الشفيع بقول البائع كما في البرهان (قوله وان كان البائع قبض الثمن الخ) هذا اذا كان قبض الثمن ظاهرا كما ذكر بان ثبت بالبينة او اليمين ولو كان غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف ولو بدأ بقبض الثمن قبل بيان القدر بان قال بعت الدار وقبضت الثمن وهو ألف درهم لم يلتفت الى قوله في مقدار الثمن كما في التبيين (قوله لا حط الكل) أي فيأخذها الشفيع بالثمن المسمى الذي ابراه عنه البائع ان شاء (قوله لان العقد حينئذ الخ) كان ينبغي أن يقول لان الحط للكل لا يلتحق باصل العقد لان العقد حينئذ أي حين الحق الحط به يكون بيعا باطلا الخ أي فلا يكون الالحاق مقولا به على ان لفظ البطلان فيه تسامح (قوله لان العقد حينئذ يكون بيعا باطلا) أقول الصواب انه يكون فاسدا لان هذا في حكم المسكوت عن ثمنه بل أرقى منه اذا التسمية وجدت لان الحط ليس الا المسمى

حق المشتري لا يدل على رضاه في حق الشفيع لتفاوت أحوال الناس (ولو لم يطلب) الشفيع الآن (وسكت عن طلبها) وصبر ليطلبها عند الاجل (بطلت شفعته) لان حق الشفيع قد ثبت ولهذا كان له ان يأخذه الآن بثمن حال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة (وفي شراء ذمي بخمر او خنزير) يأخذ الشفيع (بمثل الخمر وقيمة الخنزير لو) كان الشفيع (ذميا أو قيمتها لو) كان الشفيع (مسلما وفي بناء المشتري) في الدار والارض (وغرسه بالثمن وقيمتهما) حال كونهما (مستحقي القلع أو كلف المشتري قلعهما) يعني اذا بنى المشتري أو غرس ثم قضى للشفيع فهو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وبقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعهما كما في الغصب (وان قلعهما) أي البناء والغرس (الشفيع فاستحقت رجع بالثمن فقط) ولا يرجع بقيمة البناء والغرس على من أخذه منه بائعا كان أو مشتريا بخلاف المشتري فانه يرجع بقيمتهما على البائع لانه مسلط من قبله بخلاف الشفيع لانه أخذ جبرا (وان خربت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان) بلا فعل أحد فالشفيع بالخيار (ان شاء أخذها بتمام الثمن) لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع بلا ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن الا اذا صار مقصودا بالاتلاف كما مر (أو ترك) لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله (وبحصة العرصة) عطف على بتمام الثمن (ان نقض المشتري البناء) يعني ان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك فيه بآفة سماوية (والنقض له) أي للمشتري لا للشفيع لانه صار منفصلا فلم يبق تبعا حتى يكون للشفيع (وفي شراء أرض بنخل عليها ثمر) يعني اذا شرى أرضا بنخل عليها ثمر وذكر ثمر النخل اذ لا يدخل بدون الذكر (أو شراها ولم يكن) على النخل (ثمر وأثمرت عنده) أي عند المشتري (يأخذها) أي الشفيع الارض (والثمر بكل الثمن فيهما) أي في الفصلين أما في الاول فلانه باعتبار الاتصال كان تبعا للعقار كالبناء في الدار وأما في الثاني فلانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه كما اذا اشترى حاملا فولدت عنده كان ملكه تبعا (واذا جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر فيهما) لانعدام تبعيته للعقار وقت الاخذ بالانفصال (لكن في الاول) وهو ما اذا اشترى أرضا بنخل عليها ثمر (ثم سقط حصته من الثمن) لانه دخل في البيع قصدا وكان له قسط من الثمن فيفوت قسطه بفواته (لا الثاني) لانه لا يقابله شيء من الثمن لحدوثه بعد القبض فلم يرد عليه العقد ولا القبض الذي له شبه بالعقد ففواته لا يوجب سقوط شيء من الثمن

﴿باب﴾

(ما تكون هي) أي الشفعة (فيه أولا) تكون (وما يبطلها) لا تثبت قصدا الا في

(قوله ولو لم يطلب الآن بطلت شفعته) غير صحيح مطلقا لان هذا طلب تملك ولا تبطل الشفعة بتأخيره الى حلول الأجل لا عند الامام لانه لم يقدر له مدة ولا عند محمد لتقديره بشهر

(قوله لان حق الشفيع قد ثبت) لا يصح تعليلا لقوله بطلت شفعته بل لقوله سابقا ويأخذ بعد الاجل فكان حقه ذكره ثمة (قوله والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة) قد علمنا انه غير صحيح على الاطلاق فليتنبه له (قوله وان قلعهما أي البناء والغرس الشفيع) اقول الصواب فعلهما بالفاء قالعين فاللام لمكان قوله فاستحقت لانه اذا كان قلعه مقدما على الاستحقاق كان اتلافا منه لا بامر أحد والمراد ان الشفيع اذا بنى أو غرس فامره المستحق بقلعه لا يرجع بقيمتهما وهذا عندهما وقال أبو يوسف يرجع بقيمتهما على من أخذ منه الدار كالمشتري المغرور من جهة البائع وقالا انه متملك جبرا بخلاف المشتري فانه مسلط من جهة بائعه والشفيع غير مغرور كما في شرح المجمع (قوله وان خربت الدار الخ) هذا اذا لم يبق للبناء نقض ولا من الشجر شيء من حطب او خشب وأما اذا بقي شيء من ذلك وأخذه المشتري لانفصاله من الارض حيث لم يكن تبعا للارض فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك لانه عين مال قائم بقي محتبسا عند المشتري فيكون له حصته من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ كما في التبيين (قوله وبحصة العرصة ان نقض المشتري البناء) أقول فيقسم الثمن على قيمة الارض والبناء يوم العقد بخلاف المسئلة الاولى وهي ما اذا انهدم البناء بنفسه وكان النقض باقيا حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الاخذ بالشفعة كما في التبيين (قوله وذكر ثمر النخل) أقول لولا ذكره شرحا لم يعلم من المتن (قوله واذا جذه المشتري الخ) اقول وكذا يسقط حصته من الثمن في الفصل الاول لو هلك بآفة سماوية والله أعلم بالصواب

عقار) انما قال قصدا لانها تثبت فى غير العقار بتبعية العقار كالشجر والثمر (وما فى حكمه كالعلو) وقد مر بيانه (ملك بمال) صفة عقار أى بعوض مالى حتى اذا لم يكن بعوض بل هبة لم تثبت فيه الشفعة وكذا اذا كان العوض غير مالى حتى لو خولع على دار لم تثبت (وان لم يقسم) أى العقار وما فى حكمه ذكره لان الشفعة لا تثبت فيه عند الشافعى لانها عنده لدفع ضرر القسمة وعندنا لدفع ضرر الجوار (كحمام ورحى وبئر وبيت صغير) بحيث لا ينتفع به اذا قسم (ونهر وطريق) مملوكين (لا بناء ونخل) فانهما ليسا بعقار ولا فى حكمه (بيعا قصدا) وقد عرفت انهما اذا بيعا تبعا للعقار تثبت فيهما الشفعة (وعرض وفلك) خلافا لمالك (وارث) أى موروث فان الدار اذا ملكت بارث لا تثبت فيها الشفعة (وصدقة وهبة الا بشرط عوض بلا شيوع فيهما) أى الموهوب وعوضه فانها ليست بمعاوضة مال بمال فصارت كالارث الا ان تكون بعوض مشروط لانها بيع انتهاء ولكن يشترط التقابض وعدم الشيوع فى الموهوب وعوضه لانها هبة ابتداء وان لم يكن العوض مشروطا فلا شفعة فيها (و) لا فى (دار قسمت) بين الشركاء لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة لم تشرع الا فى المبادلة المطلقة (أو جعلت أجرة أو بدل خلع أو) بدل (عتق أو) بدل (صلح عن دم عمد أو مهرا أو ان قوبل ببعضها مال) بان تزوج امرأة على دار على ان ترد هى عليه ألف درهم فلا شفعة فى شئ منها الا انها عندنا تختص بمعاوضة مال بمال مطلق لانها تثبت بخلاف القياس بالآثار فى معاوضة مال بمال مطلق فيقتصر عليها (أو بيعت) عطف على جعلت أى لا شفعة فى دار بيعت (بخيار للبائع ولم يسقط خياره) لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان أسقط وجبت لزوال المانع عن زوال الملك لكن يشترط الطلب عند سقوط الخيار فى الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك (أو بيعت (بيعا فاسدا) يعنى اذا اشترى دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها أما قبل القبض فلبقاء ملك البائع فيها وأما بعده فلاحتمال الفسخ لان كل واحد من المتبايعين بسبيل من فسخه (ولم يسقط فسخه) فانها اذا بيعت بيعا فاسدا وسقط حق الفسخ بان بنى المشترى فيها تثبت الشفعة (أو رد) أى المبيع (بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء) متعلق برد (بعد ما سلمت)

(قوله وما فى حكمه كالعلو) أقول ثم ان كان العلو طريقه طريق السفل يستحق الشفعة بالطريق على انه خليط فى الحقوق وان لم يكن بان كان طريقه غير طريق السفل يستحقها بالمجاورة (قوله لكن يشترط التقابض الخ) أقول ويجب الطلب وقته (قوله أو بيعت بخيار) هذا بخلاف ما لو شريت بخيار فانها تجب اتفاقا ثم اذا أخذها الشفيع فى مدة الخيار لزم البيع لعجز المشترى عن الرد ولا خيار للشفيع (قوله بان بنى فيها) فى هذا الحصر نظر لان شرط وجوبها انقطاع حق البائع ولا يختص بالبناء بل يكون بأعم كالبيع وغيره من اخراجها عن ملك المشترى كما عرف فى البيع الفاسد فان باعها أخذها الشفيع بأى البيعين شاء فان أخذها بالثانى أخذها بالثمن وان بالاول فبالقيمة وان أخرجها بغير البيع كالهبة والمهر نقض تصرفه وأخذت بالقيمة (قوله أو رد بخيار رؤية أو شرط) عطف على أو بيعت بيعا فاسدا الخ وسواء رد قبل القبض أو بعده وسواء كان الرد بقضاء أو بدونه لم يكن للشفيع الشفعة لان الرد بخيار الرؤية والشرط ليس فى معنى البيع الا ترى انه يرد من غير رضا البائع بل هو فسخ محض فى حق الكل ورفع العقد من الاصل كأنه لم يكن فيعود اليه قديم ملكه فلم يتحقق معنى البيع فلا تجب الشفعة (قوله أو عيب بقضاء) قيد بالقضاء فى الرد بالعيب لاسقاط الاخذ بالشفعة لان الرد به فسخ مطلق سواء كان بعد القبض أو قبله كذا فى المعتبرات كشروح الهداية وبه يعلم ما فى قوله بقضاء متعلق برد المصدر به فى متنه وكان يمكن تصحيحه بتعليقه برد المقدر فى قوله أو عيب بقضاء لكن يأباه تصريحه بعده بقوله يعنى اذا سلمت الشفعة ثم رد المبيع بأحد ما ذكر بقضاء القاضى فلا شفعة لانه فسخ لا بيع بخلاف رد بلا قضاء اه فتصريحه بالاخذ بالشفعة فى رد بلا قضاء فى الصور الثلاث خطأ فى الرد بخيار رؤية أو شرط لما قدمناه على ان القضاء فى الرد بعيب ليس شرطا لابطال الاخذ بالشفعة مطلقا بل فيما بعد القبض لانه قبل القبض فسخ من الاصل كما فى الكافى وغيره وفيما بعد القبض يكون اقالة لعدم القضاء به وهى بيع جديد فى حق ثالث وهو الشفيع فله الشفعة قال فى الذخيرة اذا أسلم الشفيع الشفعة ثم ان المشترى رد الدار على البائع ان كان الرد بسبب هو فسخ من كل وجه نحو الرد بخيار الرؤية وبخيار الشرط وبالعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء وبعد القبض بقضاء لا يتجدد للشفيع حق الشفعة فان كان الرد بسبب هو بيع جديد فى حق الثالث نحو الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء والرد بحكم الاقالة يتجدد للشفيع الشفعة اه (قوله بعد ما سلمت الخ) لم يذكر ما اذا لم يسلم الشفيع وله الاخذ مع كل فسخ وبدون فسخ لكن فى الخيار للبائع عند اسقاطه الخيار كما تقدم كذا فى الذخيرة

يعنى اذا بيع وسلمت الشفعة ثم رد المبيع بأخذه ماذكر بقضاء القاضى فلا شفعة لانه فسخ لا بيع (بخلاف رد بلاقضاء) لان الرد لما لم يجب فأخذه بالرضا صار كأنه اشتراه (أو باقالة) فانهما بيع فى حق الثالث والشفيع ثالثهما (وتثبت) أى الشفعة (للعبد المستغرق بالدين) بحيث يحيط برقبته وكسبه (فى مبيع سيده وله) أى لسيده (فى مبيعه) أى العبد لان ما فى يده حينئذ ليس ملك مولاه (و) تثبت أيضا (لمن شرى) سواء شرى اصالة أو وكالة (أو اشترى له) أى لمن وكل آخر بالشراء فاشترى لاجل الموكل والموكل شفيع كان له الشفعة صورته دار بين ثلاثة وللدار جار ملاصق فاذا بيعت الدار واشتراها أحد الشركاء تثبت الشفعة للمشترى سواء اشترى أصالة أو وكالة وكذا تثبت للموكل اذا اشتراها الوكيل لاجله وتثبت أيضا للشريك الآخر وفائدته انها لا تثبت للجار لان الشريك مقدم عليه (لا) أى لا تثبت (لمن باع) وكيلا كان أو أصيلا لان أخذه بالشفعة يكون سعيا فى نقض ما تم من جهته وهو الملك واليد للمشترى وسعى الانسان فى نقض ما تم من جهته مردود عليه (أو بيع له) وهو الموكل لان تمام البيع به اذ لولا توكيله لما جاز بيعه (أو ضمن الدرك) أى من ضمن الدرك عن البائع وهو شفيع لا تثبت له الشفعة لانه تقرر البيع فكان كالبيع (كذا) أى كما لا تثبت الشفعة فيما ذكر لا تثبت أيضا (فيما بيع الاذراع) ما وقع فى الوقاية من قوله الاذراعا بالنصب كأنه سهو من الناسخ (من طول حد الشفيع) أى الامقدار عرضه ذراع أو شبر أو أصبع وطوله تمام ما يلاصق دار الشفيع فان ما يلاصقها اذا لم يبع لا تثبت الشفعة لانقطاع الجوار وهذه حيلة لاسقاط شفعة الجوار كذا اذا وهب للمشترى هذا المقدار وقبضه وله حيلة أخرى ذكرها بقوله (أو شرى سهما بثمن ثم باقيه بثمن آخر فالجار شفيع فى الاول) لانه المبيع أولا (لا فى الثانى بل هو فيه جار (والمشترى شريك فى الثانى) والشريك مقدم على الجار وهذه حيلة لابطال حق الشفعة ابتداء وهنا حيلة تفيد تقليل رغبة الشفيع فى الشفعة وهى انه اذا أراد أن يشترى الدار بألف اشترى سهما واحدا من ألف سهم منها بألف الادرهما ثم اشترى الباقى بدرهم فالشفيع لا يأخذ بالشفعة الا الاول بثمنه لا الباقى لان المشترى صار شريكا وهو أحق من الجار وله حيلة أخرى ذكرها بقوله (أو شرى) أى الدار (بثمن غال) كألف مثلا (ودفع ثوبا دنيا) قيمته عشرة (به) أى بمقابلة الثمن (فالشفعة بالثمن لا الثوب) لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار وهذه حيلة تعم الشركة والجوار فيشترى المنزل الذى قيمته مائة بألف ويعطى عن الالف ثوبا قيمته عشرة لكن المنزل اذا استحق يرجع المشترى على البائع بألف لبقاء العقد الثانى فيتضرر البائع فالاولى ان يباع بالدراهم الثمن دينارا حتى اذا استحق المنزل بطل الصرف فيجب رد الدينار فقط اذا ظهر ان الالف لم يكن عليه فصار كمن اشترى من آخر دينارا بعشرة ثم تصادقا على ان لا دين عليه فانه يرد الدينار وله حيلة أخرى أحسن وأسهل ذكرها بقوله (أو شرى بدراهم معلومة) اما بالوزن أو بالاشارة (بقبضة) أى مع قبضة (فلوس أشير اليها وجهل قدرها وضيع الفلوس بعد القبض) فان الثمن معلوم حال العقد ومجهول حال

(قوله أو باقالة) عطف على بخلاف رد بلاقضاء يعنى فتجب فيها (قوله يبطلها أى الشفعة ترك طلب المواثبة الخ) أقول هذا مستدرك فكان ينبغى تركه كما أنه هنا لم يذكر ترك طلب التقرير مع انه مبطل أيضا مع القدرة

الشفعة وجهالة الثمن تمنع الشفعة (كره الحيلة لاسقاط) الشفعة (الثابتة وفاقا) بان يقول المشتري للشفيع بعد اثباته (أنا أبيعها منك بما أخذت فلا فائدة في الاخذ بها فيسلم الشفيع) ولا يأخذها بعد الاثبات فتسقط الشفعة لكن تكره (وأما) الحيلة (لعدم ثبوتها ابتداء فعند أبي يوسف لا تكره) لانه يحتال لدفع الضرر عن نفسه لان في تملك الدار عليه بلا رضاه ضررا عليه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه جائزة وان تضرر الغير في ضمنه (وعند محمد تكره) لان الشفعة انما تثبت لدفع الضرر وفي اباحة الحيلة ابقاء الضرر (وبالاول يفتى ههنا وبالثاني في الزكاة) قال صدر الشريعة الشفعة انما شرعت لدفع ضرر الجوار فالمشتري ان كان ممن يتضرر به الجيران لا يحل اسقاطها وان كان رجلا صالحا ينتفع به الجار والشفيع متغلب لا يحب جواره فحينئذ يحتال في اسقاطها (يبطلها) أي الشفعة (ترك طلب المواثبة أو) ترك (الاشهاد عليه) أي على طلب المواثبة (قادرا عليهما) أما الاول فبان يترك طلب المواثبة حين علم بالبيع قادرا عليه بان لم يأخذ احد فمه أو لم يكن في الصلاة فان شفعته تبطل بالاعراض وهو انما يثبت حالة الاختيار وهي بالاقتدار وأما الثاني فبان يترك الاشهاد على طلبها حين علم بالبيع قادرا عليه بان كان عنده رجلان أو رجل وامرأتان فسكت ولم يشهدهما على طلبه فانه أيضا دليل الاعراض قال في الهداية اذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته وقد قال قبل هذا في باب طلب الشفعة الاشهاد في طلب المواثبة ليس بلازم واعترض عليه بان بين كلاميه تناقضا ومنشؤه الغفلة عن قوله وهو يقدر على ذلك فان مراده ان الشفيع اذا سمع بالبيع في مكان خال عن الشهود فسكت تبطل شفعته واذا قال طلبت الشفعة ولم يسمعه أحد لا تبطل حتى اذا حضر عند القاضي وقال الشفيع طلبت الشفعة ولم أتركها وحلف على ذلك كان بارا في يمينه ويثبت طلب المواثبة وسيأتي لهذا زيادة تحقيق عن قريب (و) يبطلها أيضا (صلحه) أي الشفيع (منها) أي الشفعة (بعوض) لانه تسليم (فيرده) أي العوض لبطلان الصلح لانه مجرد حق التملك بلا ملك فلا يصح الاعتياض عنه لانه رشوة فيرده (و) يبطلها أيضا (موت الشفيع بعد البيع قبل القضاء بها) أي بالشفعة ولم يكن لورثته حق الاخذ بالشفعة حتى اذا مات بعد القضاء بها ولو قبل نقد الثمن وقبضه لا تبطل لتقرره بالقضاء وجه بطلانها انها مجرد حق التملك وهو لا يبقى بعد موت صاحب الحق فكيف يورث عنه (لا) أي لا يبطلها موت (المشتري) لان المستحق باق فموت المستحق عليه لا يتغير سبب الاستحقاق (و) يبطلها أيضا (بيعه ما يشفع به قبل القضاء بها) يعني اذا باع الشفيع داره التي يشفع بها بعد شراء المشتري قبل أن يقضى له بالشفعة وهو يعلم بالشراء أو لا بطلت شفعته لان الاستحقاق بالجوار والشركة وقد زال قبل التملك (و) يبطلها أيضا (جعله) أي جعل ما يشفع به (مسجدا أو مقبرة أو وقفا مسجلا) قال قاضيخان شرط قيام ملك الشفيع فيما يستحق به الشفعة وقت القضاء فلو جعل داره التي يستحق بها الشفعة مسجدا أو مقبرة أو وقفا مسجلا ثم قضى له بالشفعة لم يكن شفيعا للبيعة فان المسجد والمقبرة والوقف المسجل بمنزلة

(قوله أو ترك الاشهاد على طلب المواثبة) هذا سهو لان الشرط الطلب فقط دون الاشهاد عليه كما سيذكره وكما قدمه بقوله الاشهاد فيه أي طلب المواثبة ليس بلازم وانما الا[illegible] لمخافة الجحود كذا في الكافي والهداية اهـ وكذا في شرح القدوري لابي نصر والزيلعي (قوله قال في الهداية اذا ترك الخ) العجب من المصنف رحمه الله كيف لم يتنبه لما قاله الشيخ أكمل الدين من تأويل عبارة الهداية ونصه قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم يعني طلب المواثبة وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته وانما فسرنا بذلك كيلا يرد ما ذكر قبل هذا أن الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المصنف يعني صاحب الهداية من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله ههنا الاعراض عن الطلب اهـ كلام الاكمل رحمه الله تعالى (قوله واعترض عليه بان بين كلاميه تناقضا ومنشؤه الغفلة عن قوله وهو يقدر الخ) هذا لا يدفع الاعتراض لقوة ظهور المخالفة لولا تأويل الشيخ أكمل الدين الذي تقدم رحمهم الله (قوله فاذا بيع الدار) يعني بيع بعضها بان اشترى الشريك حصة شريكه (قوله ويبطلها أيضا بيعه ما يشفع به) المراد بيع لا خيار للبائع فيه سواء كان باتا أو فيه خيار المشتري (قوله وجعله مسجدا أو مقبرة) تقدم بماذا يصيران به ما ذكر (قوله أو وقفا مسجلا) ينبغي على القول بلزوم الوقف بمجرد القول أن تسقط به وان لم يسجل

الزائل عن ملكه (قال الشفيع طلبت حين علمت فالقول له بيمينه) قوله فالقول له يدل على ان الاصل ان يقيم المشتري البينة اما بان يقول للشفيع تركت الطلب ليكون في صورة الاثبات أو يقول ماطلبت لانه وان كان نفيا ظاهرا لكنه نفي محصور فيكون في حكم الاثبات كما تقرر في الاصول وعلى التقديرين ان أقام البينة تقبل ولا يحلف المشتري الشفيع بانه لم يترك أو طلب وان لم يكن له بينة على تركه وأقام الشفيع البينة على طلبه تقبل وان كان لهما بينة ترجح بينة المشتري لان الشفيع يتمسك بالظاهر ولهذا كان القول له ولم يكلف باقامة البينة بخلاف قوله علمت أمس وطلبت كما سيأتي ويدل على ذلك ماذكر في بعض شروح تلخيص الجامع ان الشفيع لو لم يكن بحضرته أحد يسمع ينبغي ان يطلب لانه يصح بلا اشهاد انما الاشهاد لئلا ينكر فينبغي ان يطلب حتى اذا حلفه المشتري يمكنه ان يحلف انه طلب كما سمع فظهر ان الحكم ههنا ان المشتري ان أقام البينة حكم بها والا فان أقامها الشفيع حكم بها وان لم يكن لواحد منهما بينة حلف الشفيع فحكم بالشفعة (ولو قال علمت أمس وطلبت كلف اقامة البينة) ولا يقبل قوله لانه أضاف الطلب الى وقت ماض فقد حكى مالا يملك استئنافه للحال ومن حكى مالا يملك استئنافه للحال لا يصدق فيما حكى بلا بينة واذا لم يضف الطلب الى وقت ماض بل أطلق الكلام اطلاقا فقد حكى ما يملك استئنافه للحال لانا نجعله كانه علم بالشراء الآن وطلب الشفعة الآن فلهذا جعل القول قوله كذا في العمادية وغيرها (سمع) أي الشفيع (شراءك فسلمها) أي الشفعة (فظهر شراء غيرك أو) سمع (بيعه بألف فسلم وكان باقل أو بكيلي أو وزني أو عددي متقارب قيمته ألف أو أكثر فهي له) أي الشفعة تكون للشفيع ولا يكون تسليمه مانعا (و بعرض كذلك) أي اذا علم انها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر (لا) أي لا يكون له الشفعة والاصل فيه ان الغرض في الشفعة يختلف باختلاف قدر الثمن وجنسه والمشتري فاذا سلم في بعض الوجوه ثم تبين خلافه بقيت الشفعة بحالها لان التسليم لم يوجد على الوجه الذي استحقه بيانه انه اذا اخبر ان الدار بيعت بالف درهم فسلم الشفيع الشفعة ثم علم انها بيعت باكثر فالتسليم صحيح لانه انما سلم لاستكثار الثمن فاذا كان أكثر من ذلك كان أرضى بالتسليم وان علم انها بيعت باقل أو بحنطة أو شعير قيمتها الف أو أكثر فهو على شفعته لان تسليمه عند كثرة الثمن لا يدل على تسليمه عند القلة وكذا تسليمه في أحد الجنسين لا يكون تسليما في الآخر فربما يسهل عليه أداء أحدهما ويتعذر الآخر وكذا كل موزون أو مكيل أو عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف أو أكثر فانه تسليم لانه انما يأخذ بقيمته دراهم أو دنانير ولو انها بيعت بدنانير قيمتها الف أو أكثر صح التسليم وكذا هذا وان كان أقل فهو على شفعته (يشفع على حصة أحد المشترين لا) حصة (أحد الباعة بل اخذ الكل أو ترك) يعني اشترى جماعة من واحد فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم وان باع جماعة من واحد لا يأخذ حصة أحد الباعة لان في الاول دفع ضرر الجار لا الثاني (و) يشفع أيضا (نصفا مفرزا بيع مشاعا من دار فقسما) يعني اشترى رجل نصف

(قوله اما بأن يقول للشفيع تركت الطلب) يعني يقول له أنت قلت تركت الطلب وتشهد به البينة (قوله يشفع على حصة أحد المشترين) أقول سواء كان قبل القبض أو بعده على الصحيح لكن لا يأخذ نصيب أحدهم اذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع سواء سمى لكل ثمنا أو للكل جملة (قوله لان في الاول دفع ضرر الجار لا الثاني) أقول الاولى في التعليل أن يقال لان في الاول يأخذ نصيب أحدهم قام مقامه فلا تتفرق الصفقة على أحد وفي الثاني تفريقها على المشتري فيتضرر به وبعيب الشركة زيادة ضرر وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضررا زائدا سوى الاخذ اه (قوله فللشفيع أن يأخذ النصف الذي صار للمشتري أو يدع) أقول ويأخذه في أي جانب كان على المفتى به واطلاق المصنف رحمه الله يدل عليه وهو مروي عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة انه انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر

دار فقاسم البائع فللشفيع ان يأخذ النصف الذى صار للمشترى أو يدع وليس له ان يفسخ القسمة لانها من تتمة القبض لان القبض للانتفاع ولا يتم الانتفاع فى الشائع الا بالقسمة (صح للاب والوصى تسليمها) أى الشفعة (على الصغير) لانه ترك للتجارة فصح ممن يملك التجارة (كذا اذا بلغهما شراء دار بجوار الصبى فسكتا) فان السكوت عن الطلب ممن يملك التسليم بمنزلة التسليم (الوكيل بطلبها اذا سلم أو اقر على الموكل بتسليمه) الشفعة (صح لو) كان التسليم أو الاقرار (عند القاضى) وان كان فى غيره فلا يجوز الا انه يخرج من الخصومة وقال أبو يوسف يجوز مطلقا وقال زفر لا يجوز مطلقا

﴿كتاب الهبة﴾

لما فرغ من البيع الذى هو تمليك عين بعوض وما يتبعه من الشفعة شرع فى الهبة التى هى تمليك عين بلا عوض فقال (هى) لغة تبرع وتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا قال الله تعالى فهب لى من لدنك وليا وقال الله تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وشرعا (تمليك عين بلا عوض) أى بلا شرط عوض لا ان عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر (وتصح بايجاب كوهبت) فانه صريح فيها (ونحلت) أيضا كذلك يقال نحله كذا اى اعطاه اياه بطيب نفسه بلا عوض (واعطيت واطعمتك هذا الطعام فاقبضه) قال صاحب الهداية الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم وقال صاحب المحيط اضافة الطعام الى ما يطعم عينه يحتمل التمليك والاباحة فاذا احتمل الامرين فاذا قال اقبضه دل ذلك على ان المراد التمليك ولهذا زيد ههنا قوله فاقبضه (وجعلت هذا لك) فان اللام للتمليك (واعمرتكه) لقوله صلى الله عليه وسلم من اعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده وسيأتى تمام بيانه (وجعلته لك عمرى وحملتك على هذه الدابة لو نوى) أى نوى بالحمل الهبة لانه ليس بصريح فيها فيحتاج فيها الى النية لانه يراد به الهبة يقال حمل الامير فلانا على الفرس يراد به التمليك (وكسوته) يعنى هذا الثوب فان الكسوة يراد بها التمليك قال الله تعالى أو كسوتهم (ودارى لك) مبتدأ وخبر (هبة) نصب على الحال من ضمير الظرف واللام فى لك للتمليك (تسكنها) هذا لا ينافى الهبة بل تنبيه على المقصود بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه (لا فى) دارى لك (هبة سكنى) فان قوله سكنى تمييز فيكون تفسيرا لما قبله فتكون عارية لا هبة (او عكسه) وهو دارى لك سكنى هبة فان معناه دارى لك بطريق السكنى حال كون السكنى هبة فتكون عارية لا هبة (أو) دارى لك (نحلى سكنى) فان تقديره نحلتك نحلى وقوله سكنى تمييز (أو) دارى لك (سكنى صدقة) أى بطريق السكنى حال كون السكنى صدقة (أو) دارى لك (صدقة عارية) أى حال كونها صدقة بطريق العارية فعارية تمييز يفهم منه المنفعة (أو) دارى لك (عارية هبة) أى بطريق العارية حال كون منافعها هبة لك فان هذه العبارات تدل على العارية لا الهبة (وقبول) عطف على ايجاب فانها كالبيع

(قوله وليس له أن يفسخ القسمة) هذا بخلاف ما اذا قاسم المشترى الشريك الذى لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لعدم وقوع العقد ممن قاسم فلم تكن من تمام القبض (قوله صح للاب والوصى تسليمها الخ) هذا اذا بيعت بمثل قيمتها وان بيعت بأكثر منها بما لا يتغابن الناس فى مثله قيل جاز التسليم بالاجماع وقيل لا يجوز التسليم بالاجماع وهو الاصح كما فى التبيين وفى البرهان وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت بغبن فاحش قيل يجوز التسليم لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبى اه

﴿كتاب الهبة﴾

(قوله لانه ليس بصريح فيها الخ) لا يخفى عدم المراد الثانى منها فينبغى أن يقال لان الحمل يراد به العارية والهبة فاذا نوى الهبة اعتبرت اذا لم ينو يحمل على أدناهما وهو العارية (قوله قال الله تعالى أو كسوتهم) وجه الاستدلال به على انه للتمليك ان الكفارة لا تتأدى بالمنافع فكان تمليك الذات مرادا (قوله فيكون تفسيرا لما قبله) يعنى قوله دارى لك هبة (قوله فتكون عارية) أقول لانها محكمة فيها والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم

لا تصح الا بالايجاب والقبول (وتتم) عطف على تصح (بالقبض) قال الامام حميد الدين ركن الهبة الايجاب فى حق الواهب لانه تبرع فيتم من جهة المتبرع اما فى حق الموهوب له فلا تتم الا بالقبول ثم لا ينفذ ملكه فيه الا بالقبض (الكامل) الممكن فى الموهوب والقبض الكامل فى المنقول ما يناسبه وفى العقار ما يناسبه فقبض مفتاح الدار قبض لها والقبض الكامل فيما يحتمل القسمة بالقسمة حتى يقع القبض على الموهوب بالاصالة من غير أن يكون بتبعية قبض الكل وفيما لا يحتمل القسمة بتبعية الكل (ولو) وصلية (شاغلا ملك الواهب لا مشغولا به فتتم) تفريع على قوله وتتم بالقبض الكامل (بالقبض فى مجلسها) أى مجلس الهبة (بلا اذنه) اى الواهب (وبعده) أى بعد المجلس (به) أى باذنه (ولو نهاه) أى نهى الواهب الموهوب له عن القبض (لم يصح) القبض (مطلقا) أى فى المجلس وبعده اذ الاذن ثبت دلالة فلا يعارض الدلالة التصريح (فى محوز) متعلق بقوله تتم بالقبض والمراد به أن يكون مفرغا عن ملك الواهب وحقه واحترازعن هبة التمر على النخل ونحوه كما سيأتى (مقسوم) أى تعلق به القسمة ولم يبق مشاعا (ومشاع لا يقسم) أى ليس من شأنه أن يقسم بمعنى انه لا يبقى منتفعا به بعد القسمة أصلا كعبد واحد ودابة واحدة اذ لا يبقى منتفعا به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذى كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير والثوب الصغير (لا) أى لا تتم بالقبض (فيما) أى مشاع (يقسم) أى من شأنه القسمة كالارض والثوب المذروع ونحو ذلك (ولو) وصلية أى ولو كانت الهبة (لشريكه) أى لشريك الواهب لان القبض الكامل لا يتصور فيه (فان قسمه) أى أفرز الجزء الموهوب المشاع (وسلمه) أى الموهوب له (تمت) الهبة لان تمامها بالقبض وعنده لا شيوع فيه ولو سلمه شائعا لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه فيكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب ذكره قاضيخان (كلبن فى ضرع وصوف على غنم وزرع ونخل فى أرض وتمر على نخل) هذه نظائر المشاع لا أمثلته اذ لا شيوع فى شئ منها لكنها فى حكم المشاع حتى اذا فصلت هذه الاشياء عن ملك الواهب وسلمت صح هبتها كما فى المشاع (بخلاف دقيق فى بر ودهن فى سمسم وسمن فى لبن حيث لا يصح أصلا) أى سواء أفرزها وسلمها أو لا لان الموهوب فى حكم المعدوم وصيرورة الحنطة استحالت وصارت دقيقا وكذا غيرها وبعد الاستحالة هو عين آخر على ما عرف فى الغصب بخلاف المشاع فانه محل للملك حتى يجوز بيعه لكن لا يمكن تسليمه فاذا زال المانع جاز (وتتم) عطف على قوله فتتم بالقبض وتفريع على قوله ولو شاغلا ملك الواهب لا مشغولا به (فى متاع فى داره وطعام فى جرابه اذا سلمهما بما فيهما بخلاف العكس) يعنى لو وهب متاعا فى داره أو طعاما فى جرابه وسلمهما أى الدار والجراب بما فيهما صحت الهبة فى المتاع والطعام ولو وهب دارا وفيها متاع الواهب وسلم الكل الى الموهوب له أو وهب جرابا وفيه طعام الواهب وسلم الجراب لا تصح الهبة والاصل ان الموهوب متى كان مشغولا بملك الواهب يمنع التسليم فيمنع صحة الهبة ومتى كان شاغلا لا يمنع التسليم فتصح الهبة ففى الفصل الاول الموهوب شاغل لا مشغول وفى الثانى

(قوله من غير أن يكون بتبعية قبض الكل) اقول يعنى أن قبض بعض ما يقسم فى ضمن الكل لا يفيد الملك حتى لو وهب نصف دار غير مقسوم ودفع الدار اليه فباع الموهوب له ما وهب له لا يجوز بيعه بمنزلة من باع هبة لم يقبضها (قوله ذكره قاضيخان) أقول وقال عقبه ذكر عصام رحمه الله أنها تفيد الملك وبه أخذ بعض المشايخ رحمهم الله وسيأتى أن الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبقى به (قوله وتتم فى متاع فى داره وطعام فى جرابه اذا سلمهما بما فيهما) هذا ليس بشرط لانه لو سلم الموهوب دون ما هو فيه يصح أيضا كما نقله شارح المجمع عن المحيط (قوله ففى الفصل الاول الموهوب شاغل) وقع فى بعض النسخ شاغلا فحذف كان واسمها وأبقى خبرها وهو مع كونه على قلة لا يصح هنا لقوله بعده لا مشغول

الموهوب مشغول بملك الواهب وهذا لان المظروف يشغل الظرف وأما الظرف فلا يشغل المظروف (الا اذا وهب المتاع والطعام أيضا فقبض الكل باذنه تصح في الكل) يعني لو وهب الدار ولم يسلم حتى وهب المتاع أو وهب الجراب ولم يسلم حتى وهب الطعام وسلم الكل صحت الهبة في الكل لانه اذا سلم الكل جملة صار كانه وهب الكل جملة بخلاف ما اذا تفرق التسليم وانما قال باذنه لانه ان لم يأذن له بالقبض فقبض ضمن لانه أفسد ملك غيره كذا في الكافي (وينوب القبض في المجلس مناب القبول) يعني اذا صدر الايجاب من الواهب فقبل قبول الموهوب له العقد اذا قبض الموهوب باذنه صحت الهبة لان القبض في المجلس دليل القبول (ثم ان القبض في المجلس هل يحصل بالتخلية بين الموهوب له والموهوب اختلف فيه المشايخ) حتى قال الامام أبو الليث هي قبض عند محمد لا عند أبي يوسف (والمختار انه يصح في صحيحها) أي الهبة (بالتخلية لا فاسدها) كذا في الفتاوى الظهيرية (وهب دارا بمتاعها وسلمها فاستحق المتاع صحت في الدار) اذ بالاستحقاق ظهر ان يده في المتاع كانت يد غصب وصار كما لو غصب الدار والمتاع ثم وهب له الدار أو أودعه الدار والمتاع ثم وهب له الدار فانه يصح (ولو وهب أرضا وزرعها وسلمها فاستحق الزرع بطلت) الهبة (في الارض) لان الزرع مع الارض بحكم الاتصال كشئ واحد فاذا استحق أحدهما صار كانه استحق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة فتبطل الهبة في الباقي كذا في الكافي قال صدر الشريعة المفسد هو الشيوع المقارن لا الشيوع الطارئ كما اذا وهب ثم رجع في البعض الشائع أو استحق البعض الشائع بخلاف الرهن فان الشيوع الطارئ مفسد وفي الفصولين ان الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة بالاتفاق وهو ان يرجع في بعض الهبة شائعا أما الاستحقاق فيفسد الكل لانه مقارن لا طارئ كذا ذكره شيخ الاسلام أبو بكر في هبة المحيط أقول عد صور الاستحقاق من أمثلة الشيوع الطارئ غير صحيح والصحيح ما في الكافي والفصولين لان الاستحقاق اذا ظهر بالبينة كان مستندا الى ما قبل الهبة فيكون مقارنا لها لا طارئا عليها (الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى) كذا في الفصولين (ولي القريب الرجوع فيها) أي في الهبة الفاسدة يعني اذا ثبت الملك فيها هل يثبت ولاية الرجوع للواهب فيما وهب هبة فاسدة لذي رحم محرم منه قال بعض المشايخ كانت المسئلة واقعة الفتوى وفرقت بين الهبة الصحيحة والفاسدة وأفتيت بالرجوع وقال الامام الاستروشني والامام عماد الدين هذا الجواب مستقيم أما على قول من لا يرى الملك بالقبض في الهبة الفاسدة فظاهر وأما على قول من يرى فلان المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على

(قوله الا اذا وهب المتاع والطعام فقبض الكل) أقول الحصر ممنوع لانه اذا فرغ الموهوب عن ملكه وقبضه الموهوب له ملكه لزوال المانع وهذا كما ذكر فيما تقدم من هبة اللبن في الضرع ونظائره (قوله اذا قبض الموهوب باذنه) يخالف ما قدمه اذ لا يشترط الاذن صريحا في مجلس الهبة فتنبه المطلق أحسن (قوله يصح في صحيحها بالتخلية) أقول التخلية أن يخلي بين الهبة والموهوب له ويقول اقبضه كما في الخانية (قوله الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض) أقول فهي كالهبة الصحيحة في اشتراط القبض لافادة الملك لكنها مضمونة بالقيمة بهلاكها في يد الموهوب له كما صرح به المصنف وسنذكره أيضا عن العدة وأقول في اطلاق ضمان الفاسدة بهلاكها تأمل اذ لا شك انه قابض باذن الواهب لا على وجه المعاوضة فلا أقل من كون الهبة حينئذ أمانة في يد الموهوب له هبة فاسدة لتسليط المالك الموهوب له على قبضها وينبغي أن يقال بل وعلى اتلافها بلا بدل فلا يحكم بالضمان بمجرد القبض والتلف في يده اللهم الا أن يكون قد أتلفها بصنعه أو لم يكن المالك أذن بالقبض صريحا فليتأمل (قوله وبه يفتى كذا في الفصولين) ونصه وفي فوائد بعض المشايخ الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى ثم اذا ثبت الملك هل يثبت ولاية الرجوع للواهب فيما اذا وهب هبة فاسدة لذي رحم محرم منه قال أي ذلك البعض الى آخر ما قاله المصنف قلت وقد ذكر العمادي قبل هذا موافقته بقوله منها أي صور الهبة الفاسدة اذا وهب لاثنين شيأ يحتمل القسمة فاذا قبضاه يثبت الملك لهما قبل القسمة ويكون مضمونا عليهما وهكذا ذكر في الفتاوى الصغرى وقال وبه يفتى اه ثم قال العمادي عقبه وذكر في العدة الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض أما لا يثبت الملك للموهوب له بالقبض هو المختار اه (قلت) فقد اختلف التصحيح في ثبوت الملك بالقبض في الهبة الفاسدة وكان على المصنف رحمه الله تعالى ذكر التصحيحين اه (قوله وأما على قول من يرى فلان المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون الخ) هذا غير ظاهر لان قوله فلان المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون لا يكون منتجها الا على القول بعدم الملك والا فكيف يكون مالكا وضامنا فما ذكر من استقامة الجواب فيه نظر على اطلاق قوله ان المفتى به افادة الملك بالقبض فيما وهب له هبة فاسدة

(قوله وهبت لك هذه الغرارة الحنطة أو الزق السمن الخ) أقول هذا وان كان مستغنى عنه بما أحال على معرفته لكن لما كان ظاهر
قوله وهبت لك هذا الزق متناولا للظرف والمظروف صارت غير ما تقدم لانه فيما تقدم نص على المظروف فقط بخلاف ما هنا
(قوله وتم هبة ما مع الموهوب له بلا قبض جديد) فان قلت هذا ظاهر الا فيما اذا كان في يده بطريق الوديعة فانه مشكل لكون
يده يد المالك نيابة عنه في الحفظ فكيف ينوب هذا القبض عن قبض الهبة قلنا يد المالك حكمية والقابض حقيقية

ما تقرر فاذا كان مضمونا بالقيمة بعد الهلاك كان مستحق الرد قبل الهلاك ففي ذلك
الرجوع والاسترداد (قال وهبت لك هذه الغرارة الحنطة أو الزق السمن صحت
الهبة في الحنطة والسمن فقط) لما عرفت ان كلا منهما شاغل الملك الواهب
لا مشغول به (وهبت دارها لزوجها وهما ساكنان فيها جازت) الهبة
ويصير الزوج قابضا للدار لان المرأة ومتاعها في يد الزوج فصح التسليم ذكره
قاضيخان (وهب ثيابا في صندوق مقفل ودفعه) أي الصندوق (لا يكون قبضا) فلا
تتم الهبة لان القبض انما يحصل اذا صح الانتفاع به ولا انتفاع مع القفل (وتم هبة
ما مع الموهوب له بلا قبض جديد) يعني اذا كانت العين الموهوبة في يد الموهوب له
وديعة أو عارية أو أمانة ملكها بالهبة والقبول وان لم يجدد فيها قبضا لان القبض
في باب الهبة غير مضمون فيعتبر فيه أصل القبض وهو موجود ههنا فناب عن
قبض الهبة (بخلاف البيع) يعني اذا باع الوديعة أو نحوها ممن في يده يحتاج الى
قبض جديد لان البيع يقتضي قبضا مضمونا وقبض المودع قبض أمانة فلا ينوب
عن قبض الضمان بل يحتاج الى تجديد القبض والاصل فيه ان القبضين اذا تجانسا
ناب أحدهما مناب الآخر لاتحادهما جنسا واذا اختلفا ناب الاقوى عن
الاضعف بلا عكس لان في الاقوى مثل الادنى وزيادة وليس في الادنى ما في
الاقوى (و) تم أيضا (ما وهب) أي الاب (لطفله بالعقد) لانه في قبض الاب فينوب
عن قبض الصغير لانه وليه فيشترط قبضه سواء كان في يده حقيقة أو يد مودعه لان
يد المودع كيد المالك بخلاف ما اذا كان في يد الغاصب أو المستأجر أو المرتهن
حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه لان كل واحد منهم قابض لنفسه (اذا كان) أي
الموهوب (معلوما) قال في النهاية لفظ المبسوط وكل شئ وهبه لابنه الصغير وأشهد
عليه وذلك الشئ معلوم فهو جائز والقبض فيه باعلام ما وهبه له والاشهاد عليه ثم
قال والاشهاد ليس بشرط بل الهبة تتم بالاعلام الا انه ذكر الاشهاد احتياطا للتحرز
عن جحود سائر الورثة بعد موته وعن جحوده بعد ادراك الولد (و) تم أيضا (ما وهب
أجنبي له) أي للطفل (بقبضه) أي الطفل (عاقلا) لانه في النافع المحض ملحق
بالبالغ (أو قبض أبيه أو جده أو وصي أحدهما) لانه قائم مقامهما (أو) قبض (أم
هو) أي الطفل (معها أو) قبض (أجنبي يربيه وهو) أي الطفل (معه أو) قبض
(زوجها) أي للصغيرة لكن (بعد الزفاف) لان الاب أقامه مقام نفسه في
حفظها وقبض الهبة لها ولو قبض الاب أيضا صح لان أصل الولاية له وولاية الزوج

فباعتبارها نزل قابضا لاقامة يده مقام يد
المالك كما ما دام عاملا له وبعد الهبة
ليس بعامل له فتعتبر الحقيقية (قوله أو
أمانة) يعني كالمستأجرة ثم لا يخفى انه لم
يوف بما يشمله المتن من العين المضمونة
كالغصب والرهن لكن لما ذكر خلاف
مسألة البيع كمسألة الهبة فيما ذكره
احتاج الى الاقتصار عليه وان كانت
مسألة الهبة أعم لشمولها العين المضمونة
أيضا وما ذكره من الاصل يشير الى هذا
(قوله لانه وليه فيشترط قبضه) أقول
وهكذا وقع في التبيين ولعل حق العبارة
فلا يشترط قبضه فليتأمل (قوله اذا
كان معلوما) أقول ولو دارا يسكنها
الاب ومتاعه فيها وعليه الفتوى كما في
البزازية أو يسكنها غيره بلا أجرة
والام كالاب لو ميتا والابن في يدها وليس
له وصي وكذا من يعوله والصدقة في
هذا كله كالهبة كما في التبيين (قوله
وهبت دارها من زوجها وهي ساكنة فيها
مع الزوج جاز) كذا في البزازية قالت
لانها وما في يدها في يد الزوج فلم تكن يدها
مانعة من قبضه اه لكن نقل في الذخيرة
عن المنتقى عن أبي يوسف لا يجوز للرجل
أن يهب من امرأته وان تهب لزوجها أو
الاجنبي دارا وهما ساكنان فيها
وكذلك الهبة للولد الكبير لان يد الواهب
ثابتة على الدار اه (قوله وتم ما وهب
أجنبي له) أي للطفل بقبضه قال في
الاشباه والنظائر الا اذا وهب له أعمى لا نفع له وتلحقه مؤنته فان قبوله باطل ويرد الى
الواهب كما في الذخيرة (قوله أو قبض زوجها أي الصغيرة) أقول لا يخفى عدم معرفة قيد الصغر من المتن لكنه لما
كان المقام في الهبة للصغير استغنى عن ذكره (قوله ولكن بعد الزفاف) أقول ولا يشترط أن تكون ممن يجامع مثلها
في الصحيح كما في التبيين

منه

منه (ولم يجز هبة الحمل) لكونه وصفاً للامة لاتصاله بها بمنزلة أطرافها (ولا له) أى لم تجز الهبة للحمل وان جاز الاقرار له ان بين سبباً صالحاً وسيأتي بيانه في الاقرار ان شاء الله تعالى (صح هبة اثنين دار الواحد) لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها بلا شيوع (وعكسه) وهو هبة واحد لاثنين (لا) أى لا تصح لانها هبة النصف من كل واحد فيلزم الشيوع (كتصدق عشرة على غنيين) فانه لا يجوز لان التصدق على الغني هبة فلا تجوز للشيوع (وصح هو) أى تصدق العشرة (وهبتها على فقيرين) لان الهبة للفقير صدقة والصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نائب عنه بخلاف الهبة (وهب نصف الدار وسلم ثم الباقي لم تجز ولو وهبه) أى الباقي (قبل التسليم) وسلم الكل جملة (صحت في الكل) لانه اذا سلم الكل جملة صار كأنه وهب الكل جملة بخلاف ما اذا تفرق التسليم (هبة دار مشتراة قبل القبض) متعلق بالهبة (تجوز) يعني اذا اشترى داراً فقبل أن يقبضها وهبها الآخر جازت الهبة لما عرفت ان التصرف في العقار قبل القبض يجوز (كذا) أى يجوز (هبة درهم صحيح لرجلين) لانه هبة مشاع لا يقسم وانما قال صحيح لان المغشوش في حكم العروض كما عرفت فيكون مما يقسم فلا يصح هبته لرجلين للشيوع (ومن دفع درهمان قال لرجل وهبت لك درهما منهما ان استويا) أى قدراً (لم تجز والاجازت) والفرق ان الهبة في الوجه الاول تناولت أحدهما وهو مجهول فلا تجوز وفي الثاني تناولت قدر درهم منهما وهو مشاع لا يحتمل القسمة فتجوز (و) تجوز أيضاً (هبة آبق متردد في دار الاسلام لطفله) لان يد المولى باقية عليه حكماً لقيام يد أهل الدار عليه فنع ظهور يده تملكهم ان دخل فيها ولو وهبه بعد دخوله فيها لم تجز وقد مر في باب استيلاء الكفار (و) كذا تجوز (هبة البناء دون العرصة اذا أذن له) أى للموهوب له (الواهب في نقضه و) هبة (أرض فيها زرع دونه) أى دون الزرع (أو نخل فيها تمر دونه) أى دون التمر (اذا أمره) أى الواهب الموهوب له (بالحصاد) في الزرع (والجذاذ) في التمر لان المانع للجواز الاشتغال بملك المولى فاذا أذن المولى في النقض والحصاد والجذاذ وفعل الموهوب له زال المانع فجازت الهبة

﴿باب الرجوع فيها﴾

(صح) اى الرجوع (في أجنبي) اراد به من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج به من كان ذا رحم وليس بمحرم ومن كان محرماً وليس بذي رحم ولذا قال (ومنعه المحرمية بالقرابة) واحترز به عن المحرمية بالسبب لا النسب كالآباء والامهات والاخوة والاخوات من الرضاع ومن المحرمية بالمصاهرة كامهات النساء والربائب وأزواج البنين والبنات وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولنا ما روى من قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أى ما لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم والمراد بما روى ان لا ينفرد بالرجوع بلا قضاء ولا رضا الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فانه ينفرد بالاخذ لحاجته الى الانفاق وسمى ذلك رجوعاً نظراً الى الظاهر وان لم يكن رجوعاً حقيقة

(قوله أى لم تجز الهبة للحمل) أقول وهذا بخلاف الوصية له لانها لا يشترط فيها القبض لكونها تمليكاً مضافاً لما بعد الموت ولا يقال الولي يقوم مقامه في قبض الهبة لانه غير متحقق قبل الولادة (قوله أى يجوز هبة درهم صحيح لرجلين) أقول هذا على الصحيح وقال بعض المشايخ رحمهم الله لا يجوز لان تنصيف الدرهم لا يضر فكان مما يحتمل القسمة والصحيح أنه يجوز وبه قال الامام أبو الحسن علي السعدي وشمس الائمة الحلواني رحمهما الله تعالى لان الدرهم الصحيح لا يكسر عادة فكان مما لا يحتمل القسمة حتى لو كان من الدراهم التي تكسر عادة فلا يضرها الكسر والتبعيض كانت بمنزلة المشاع الذي يحتمل القسمة فلا يجوز كما في الخانية (قوله فنع ظهور يده تملكهم) يعني أهل دار الحرب ان دخل فيها (قوله ولو وهبه بعد دخوله فيها لم يجز) يعني لا علكه وهي عبارته في باب استيلاء الكفار (قوله وكذا تجوز هبة البناء الى آخر الباب) أقول فيما تقدم غنية عن هذا فتأمل والله الموفق

﴿باب الرجوع فيها﴾

(قوله فخرج من كان ذا رحم وليس بمحرم) يعني من النسب والا فالاخ من الرضاع لو كان ابن عم هو رحم محرم لكن لا بنسب

على ان هذا الحكم غير مختص بالهبة بل الأب اذا احتاج فله الاخذ من مال ابنه ولو
غائبا كما ذكر فى باب النفقات قال صدر الشريعة ونحن نقول به أى لا ينبغى ان
يرجع الا الوالد فانه يتملك للحاجة فتوهم بعض الناس من قوله ونحن نقول به أن
للاب ان يرجع فيما وهب لابنه عندنا أيضا مطلقا وهو وهم باطل منشؤه الغفلة
عن قوله فانه يتملك للحاجة فان مراده ماذكرنا حتى لو لم يحتج لم يجز له الاخذ من
مال ابنه فان ما توهموا مخالف لتصريح علمائنا كقاضيخان وغيره ان قرابة
الولاد من جملة الموانع (كما فى الآباء والامهات وان علوا والاولاد وان سفلوا
والاخوة والاخوات واولادهما وان سفلوا والاعمام والعمات والاخوال
والخالات) فقط فان أولادهم ليسوا بمحارم كما مر فى كتاب النكاح ثم ان موانع
الرجوع فى الهبة سبعة ذكر الاول بقوله (ومنعه المحرمية بالقرابة) ووجه كونها
مانعة ان المقصود وهو صلة الرحم يحصل بها فانها واجبة فى المحارم وكل عقد أفاد
مقصوده يلزم وذكر الثانى بقوله (وزيادة متصلة) عطفا على قوله المحرمية
بالقرابة (كبناء وغرس وسمن) ووجه كونها مانعة ان الرجوع انما يصح فى
الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلم يصح الرجوع فيها والفصل غير ممكن ليرجع
فى الاصل لا الزيادة فامتنع الرجوع أصلا وذكر الثالث بقوله (وموت أحدهما)
أما اذا مات الموهوب له فلان الملك قد انتقل الى الورثة وأما اذا مات الواهب فلان
النص لم يوجب حق الرجوع الا للواهب والوارث ليس بواهب وذكر الرابع
بقوله (وعوض) فان حق الرجوع فى الهبة كان لخلل فى مقصوده وقد عدم ذلك
بوصول العوض اليه (أضيف اليها) أى الى الهبة بان قال خذه عوض هبتك أو بدلا
عنها أو بمقابلتها أو مكانها فقبض لم يرجع فلو وهب وعوض ولم يضف رجع كل
بهبته مطلقا أى سواء كان العوض من الموهوب له أو الاجنبى بأمر الموهوب له
أو لا لان العوض سلم له فلم يبق حق الرجوع وكذا ليس للاجنبى المعوض
الرجوع فى عوضه لانه متبرع عن الموهوب له لاسقاط حق الرجوع عليه وذلك
جائز ولا يرجع المعوض على الموهوب له اذا كان بغير أمره لانه متبرع وكذا اذا أمره
الا اذا قال عوض عنى على انى ضامن كذا فى الايضاح وذكر الخامس بقوله
(وخروجها عن ملكه) فان تبدل الملك كتبدل العين وقد تبدل الملك بتبدل
السبب وذكر السادس بقوله (والزوجية) فانها نظير القرابة بالمحرمية فى التواصل
بدليل جريان التوارث بينهما بلا حجب وبطلان فكان المقصود الصلة وقد حصل
(وقت الهبة) حتى لو وهب لامرأة ثم نكحها له أن يرجع فيها ولو وهب لامرأته
ثم أبانها فليس له أن يرجع لعدم العلاقة بينهما فى الاول وقت الهبة ووجودها فى
الثانى وقتها وذكر السابع بقوله (وهلاك الموهوب) فانه اذا هلك تعذر الرجوع
فلو ادعى الموهوب له الهلاك صدق بلا حلف كذا فى الكافى (وضابطها) أى
ضابط الموانع (حروف دمع خزقه) مأخوذ مما قيل

ومانع عن الرجوع فى الهبة * ياصاحبى حروف دمع خزقه

فالدال الزيادة والميم موت أحدهما والعين العوض والخاء الخروج عن الملك

والزاء

(قوله ذكر الاول بقوله ومنعه المحرمية بالقرابة) أعاده ليرتب الموانع على بعضها وليذكر وجهه (قوله وزيادة متصلة) احترز به عن المنفصلة كالولد والارش والعقر فانه يرجع فى الاصل دون الزيادة لامكان الفصل كما فى التبيين لكن فى الخانية قال أبو يوسف لا يرجع فى الام حتى يستغنى الولد اه (قوله كبناء وغرس) المراد اذا كان يوجب زيادة فى الارض وان أوجب فى بعض الارض لكبرها بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها امتنع فى تلك القطعة فقط كما فى التبيين واذا لم يوجب زيادة أصلا لا يمنع الرجوع فى شئ لما فى الخانية وهب دارا فبنى الموهوب له فى بيت الضيافة التى تسمى بالفارسية كاشانه تنور الخبز كان للواهب أن يرجع فى هبته لان مثل هذا يعد نقصانا ولا يعد زيادة اه (قوله وعوض أضيف اليها) أقول ويشترط أن لا يكون بعض الموهوب (قوله لجريان التوارث بينهما بلا حجب وبطلان) العطف للتفسير فالمعنى أن التوارث بينهما يكون فى حالة عدم حجب البطلان (قوله وضابطها أى ضابط الموانع حروف دمع خزقه الخ) كان ينبغى أن يذكرها على ترتيب الحروف لتتأتى المناسبة فى معناها ولا يقال بقى من الموانع الفقر لما سيأتى انه لا رجوع فى الهبة للفقير لانها صدقة

والزاء الزوجية والقاف القرابة والهاء الهلاك والحزق الطمن والحازق السنان فكانه شبه الدمع بالسنان (وهب لاخيه واجنبي عبدا فقبضاه) اى الاخ والاجنبي العبد (له) اى للواهب (الرجوع) فى نصيب الاجنبي لان الهبة صحيحة فى حقه لكون العبد مما لا يقسم ولا مانع من الرجوع بخلاف الاخ فان القرابة فيه مانعة عنه (وهب لرجل شيأ وقبضه) اى الرجل الشئ (فوهبه) اى الرجل الشئ (لآخر ثم رجع الثانى أورد عليه فللاول الرجوع فيه) لان الموهوب لما عاد الى الثانى بالرجوع لا بسبب جديد كان للاول الرجوع فيه (ولو تصدق به الثالث على الثانى) ان كان فقيرا (أو باعه منه) ان كان غنيا (لم يرجع الاول) لان هذا ملك جديد لعوده اليه بسبب جديد وحق الرجوع لم يكن ثابتا فى هذا الملك فلا يرجع كذا فى المحيط (يرجع فى استحقاق نصفها) اى نصف الهبة والمراد الموهوب (بنصف عوضها) لانه لم يدفعه اليه الا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات (لا فى استحقاق نصفه) يعنى اذا استحق نصف العوض لا يرجع بشئ (حتى يرد ما بقى من العوض) لانه يصلح عوضا عن الكل ابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو فيكون مخيرا لان حقه فى الرجوع لم يسقط الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فان شاء رد ما بقى ورجع فى الكل وان شاء أمسك ما بقى ولم يرجع بشئ بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا لانها تتم تبعا فيوزع البدل على المبدل فاذا استحق بعضه يرجع بما يقابله من العوض كذا فى الاسرار (ولو عوض نصفها رجع بما لم يعوض) لان التعويض مانع فاذا وجد فى النصف يمتنع بقدره (لو باع نصفها ولم يبع رجع فى النصف) لان له الرجوع فى الكل ففى البعض أولى ولا يمنعه بيع النصف (وذا) اى الرجوع انما يصح بحيث يؤخذ الموهوب من يد الموهوب له (بتراض) من الطرفين (أو حكم قاض) لان الرجوع فى الهبة مختلف فيه فمنهم من راى ومنهم من أبى وفى أصله وهى لان الواهب ان طالب بحقه فالموهوب له يمنع بملكه وفى حصول المقصود وعدمه خفاء اذ من الجائز أن يكون مراده الثواب والتوادد فعلى هذا لا يرجع لحصول مقصوده ومن الجائز أن يكون مراده العوض فعلى هذا يرجع فلا بد من الفصل بالرضاء أو القضاء (فصح اعتاق الموهوب) اى اعتاق الموهوب له العبد الموهوب (بعد الرجوع) متعلق بالاعتاق (قبل القضاء) لانه لا يخرج عن ملك الموهوب له الا بالقضاء فصح اعتاقه قبله (ولم يضمن) اى الموهوب له (بهلاكه) اى الموهوب بعد الرجوع وقبل القضاء (بعد المنع) عن الواهب لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك فى يده بعد القضاء لم يضمن لان اصل قبضه لم يكن موجبا ضمان المقبوض عليه وهذا دوام عليه واستدامة الشئ معتبرة بأصله (و) لكن (ضمن به) اى بهلاكه (بعد القضاء والمنع) اى منعه بعد القضاء وطلب الواهب فان الموهوب حينئذ يكون أمانة عند الموهوب له والمنع بعد الطلب يوجب الضمان فى الامانة (ومع أحدهما) عطف على قوله بتراض اى الرجوع بتراض او حكم قاض (فسخ لعقد الهبة) من الاصل واعادة للملك القديم (لا هبة للواهب فلم يشترط قبضه) اى قبض

(قوله اى الرجل العبد) أراد بالعبد الشئ المذكور قبل فى قوله وهب لرجل شيأ (قوله أو باعه منه ان كان غنيا) اقول لا يتقيد البيع بالغنى (قوله يرجع بما يقابله من العوض كذا فى الاسرار) أقول صوابه من المعوض بالميم فالعين بمعنى الموهوب

(قوله وفى أصله وهى) مصدر من وهى الحبل يهى وهيا اذا ضعف وفى بعض النسخ وهاء وهو خطأ كما فى المغرب اه من حاشية الخادمى كتبه مصححه وهبي

الواهب لان القبض انما يعتبر فى انتقال الملك لا فى عود الملك القديم (وصح) أى الرجوع (فى المشاع) القابل للقسمة (كنصف دار وهبت) ولو كان هبة لما يصح فيه (تلف الموهوب فى يد الموهوب له فاستحق فضمن لم يرجع) على واهبه لانها عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة (قضى ببطلان الرجوع لمانع ثم زال) أى المانع (عاد الرجوع) بيانه انه اذا بنى فى الدار الموهوبة وأبطل القاضى رجوع الواهب بسبب البناء فهدم الموهوب له البناء وعادت الدار كما كانت فله أن يرجع فيها بخلاف ما لو اشترى عبدا بالخيار ثلاثة أيام فحم العبد فى مدة الخيار وخاصم المشترى البائع فى الرد وأبطل القاضى حقه فى الرد بسبب الحمى فى مدة الخيار ليس له أن يرده كذا فى المحيط (وهى بشرط العوض هبة ابتداء) هذا اذا ذكره بكلمة على بأن يقول وهبت هذا العبد لك على أن تعوضنى هذا الثوب وأما اذا ذكره بحرف الباء بأن يقول وهبت لك هذا الثوب بعبدك هذا أو بألف درهم وقبله الآخر يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع كذا فى شروح الهداية وغيرها (فشرط قبضهما) أى العاقدين (للعوضين) لكون كل منهما هبة (وبطلت بالشيوع) كما هو حكم الهبة (ولم تجز هبة الاب مال طفله بشرطه) كما لم تجز هبته به (وبيع انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق الشفعة) كما هو حكم البيع هذا عندنا وعند زفر والشافعى بيع ابتداء وانتهاء لان العبرة للمعانى ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين فان قلت الهبة تمليك عين بلا عوض والبيع تمليك عين بعوض فكيف يجمع بينهما وأيضا التمليك لا يجرى فيه الشرط وكلمة على تفيد الشرطية قلت قد عرفت أن معنى كونها تمليكا بلا عوض كونها تمليكا بلا شرط عوض لا بشرط عدم العوض فلا ينافى كونه بيعا وعرفت أيضا ان الشرط المنافى للتمليك شرط فيه معنى الربا والقمار لا مطلق الشرط حتى لو قال بعت هذا منك على أن يكون ملكا لك صح البيع فيكون ما نحن فيه شرطا ابتداء نظرا الى العبارة حتى لا يصير كالبيع لازما قبل القبض وشرطا أعنى العوض نظرا الى ما يؤل اليه حتى توفر أحكام البيع حالة البقاء (وهب كرباسا فقصره الموهوب له لا يرجع) فرق بين هذا وبين الغسل بأن فى القصارة زيادة متصلة دون الغسل (كذا عبد كافر أسلم فى يد الموهوب له وجارية علمها الموهوب له القرآن أو الكتابة أو نحوهما) حيث لا يرجع الواهب فى هذه الصور لان بالاسلام وتعلم القرآن ونحوهما ازداد الموهوب فبطل الرجوع (وكذا تمر وهب ببغداد نقله الموهوب له الى بلخ) حيث بطل حق الرجوع لزيادة متصلة فى قيمة الموهوب (تصدق على غنى) أى قال لغنى

(قوله قضى ببطلان الرجوع لمانع ثم زال عاد الرجوع) استشكل بما قدمه من قوله ولو وهب لامرأته ثم أبانها فليس له أن يرجع مع زوال المانع وهو الزوجية وأجيب بأنه يمكن أن يكون المراد بالمانع هنا الطارئ بعد الهبة فيزول ويثبت الرجوع بخلاف المانع المقارن كالهبة للزوجة (قوله بخلاف ما اذا اشترى عبدا بالخيار الخ) فرق بين مسئلة الهبة والبيع بأنه يمكن أن الحمى أمر مبطن لا يطلع على حقيقة زواله فيحتمل بقاؤها بخلاف زوال البناء وأشباهه اذ لا توهم لبقائه بعد زواله (قوله وبطلت بالشيوع كما هو حكم الهبة) يعنى فيما يحتمل القسمة (قوله كما لم تجز هبته به) أقول الضمير فى هبته راجع للطفل لا للاب لما فيه من تشبيه الشئ بنفسه (قوله وبيع انتهاء الخ) أقول ويصح ولو كان العوض أقل منها وهو من جنسها ولا ربا فيه ذكره البرجندى (قوله وهب كرباسا فقصره الخ) كذا فى قاضيخان الا انه قال وهب ثوبا فقصره الخ ثم قال وفى الامالى اذا غسله أو قصره له أن يرجع فى الهبة (قوله وجارية علمها الموهوب له القرآن الخ) مثله فى الخانية مع ذكر خلاف حيث قال الموهوب له اذا علم الموهوب القرآن أو الكتابة أو كانت أعجمية فعلمها الكلام أو شيئا من الحرف وما أشبه ذلك يمنع الرجوع فى الهبة لحدوث الزيادة فى العين وعلى قول زفر تعليم الحرف وما أشبه ذلك لا يمنع الرجوع فى الهبة وعن محمد فى المنتقى انه لا يبطل حق الواهب فى الرجوع كما هو قول زفر وعن أبى حنيفة روايتان اه (قوله وكذا تمر وهب ببغداد الخ) حكاه الزيلعى عن المنتقى عندهما وعند أبى يوسف لا ينقطع الرجوع لان الزيادة لم تحصل فى العين فصار كزيادة السعر ولهما ان الرجوع يتضمن ابطال حق الموهوب له فى الكراء ومؤنة النقل فبطل بخلاف نفقة العبد لانها بدل وهو المنفعة والمؤنة بلا بدل اه وفى الخانية فصل فى الرجوع على صيغة التمريض حيث قال وهب شيئا له حمل ومؤنة ببغداد فحمله الموهوب له الى بلدة أخرى لا يكون للواهب أن يرجع فى الهبة قيل هذا اذا كان قيمة الهبة فى المكان الذى انتقل اليه أكثر وان استوت قيمتها فى المكانين كان للواهب أن يرجع فى هبته اه (قوله تصدق على غنى لا يرجع) أقول ذكر الزيلعى ما قياسه الرجوع فى الصدقة على الغنى

تصدقت

تصدقت عليك بهذه الدراهم (أو وهب لفقير) أي قال له وهبتك هذه الدراهم (لا يرجع) اعتبارا للفظ في المسألة الأولى وللمعنى في الثانية كذا في الكافي

(فصل) (وهب أمة الا حملها أو على أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو وهب دارا أو تصدق بها على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه) في الهبة والصدقة (شيأ منها صحت) أي الهبة لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة كما مر والنبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل الشرط كما سيأتي (وبطل الاستثناء) أي استثناء الحمل لأنه انما يعمل في المحل الذي يعمل فيه العقد وقد عرفت أن هبة الحمل لا تجوز فلا يجوز استثناؤه أيضا (و) بطل (الشرط) لمخالفته مقتضى العقد وهو ثبوت الملك مطلقا فاذا اعتبر الشروط المذكورة تقيدت بها وهو ينافي الاطلاق واعترض الزيلعي على قولهم أو يعوضه شيأ منها بأن المراد به اما الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان أراد به أن يعوضه عنها شيأ من العين الموهوبة فهو تكرار محض لأنه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيأ منها أقول نختار الشق الأول قوله فهي والشرط جائزان ممنوع وانما يجوز اذا كان العوض معلوما كما عرفت من المباحث السابقة وصرح به بعض شراح الهداية وكذا الحال في الصدقة (أعتق حملها ووهبها صحت) الهبة في الأم لأن الجنين لم يبق على ملكه فلم يكن الموهوب مشغولا بملك الواهب (بخلاف التدبير) يعني دبر حملها ووهبها لم تصح الهبة لأن الحمل بقي على ملكه (لا يجوز تعليق الابراء عن الدين بشرط الابكائن) أي بشرط كائن (فلو قال لمديونه اذا جاء غد فأنت بريء منه) أي من الدين (بطل) أي الابراء لأنه تعليق بشرط محض (ولو قال) لمديونه (ان كان لي عليك دين أبرأتك عنه وله عليه دين صح) الابراء لأنه تعليق بشرط كائن فيكون تنجيزا (جاز العمرى لا الرقبى) العمرى أن يجعل داره لآخر مدة عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط والرقبى أن يقول ان مت قبلك فهي لك فيكون تعليقا كالمضاف الى زمان وهو من الارتقاب وهو الانتظار كأنه ينتظر موته فلا تصح لعدم التمليك في الحال وقال أبو يوسف تصح الرقبى أيضا بناء على أنه تمليك للحال واشتراط الاسترداد بعد موته عنده فيكون النزاع لفظيا

(كتاب الاجارة)

لما فرغ من مباحث تمليك العين بلا عوض شرع في مباحث تمليك المنفعة بعوض فقال (هي) لغة فعالة من أجر يأجر من باب طلب وضرب اسم للأجرة وهي ما يعطى من كراء الأجير وشرعا (تمليك نفع بعوض) وانما عدل عن قولهم تمليك نفع معلوم بعوض كذلك لأنه ان كان تعريفا للاجارة الصحيحة لم يكن مانعا لتناوله الفاسدة

(قوله واعترض الزيلعي على قولهم) أقول اعتراضه على الكنز وأجاب العيني عن التكرار بقوله قلت لا يلزم التكرار أصلا لأن قوله على أن يرد عليه شيأ منها لا يستلزم أن يكون عوضا الا أن كونه عوضا انما هو بألفاظ مخصوصة فيجوز أن يكون ردا ولا يكون عوضا لعدم الالتزام وأما قوله أو يعوضه شيأ منها تصريح بالعوض ولا شك أنهما ٢٢٥ متغايران اهـ فيه تأمل وعبارة المصنف رحمه الله استفادت عبارة الكنز (قوله لا يجوز الابراء عن الدين بشرط الابكائن الخ) أقول هذا قد تقدم فيما يبطل بالشرط الفاسد والمراد بالكائن الحال والماضي لا ما سيكون (قوله العمرى أن يجعل داره لآخر مدة عمره واذا مات ترد عليه الخ) قال في شرح المجمع وهي هبة شئ مدة عمر الموهوب له أو الواهب بشرط أن يعود اليه أو الى ورثته اذا مات الموهوب له اهـ فقول المصنف مدة عمره يصح أن يرجع ضميره الى الواهب أيضا

(كتاب الاجارة)

(قوله وشرعا تمليك نفع بعوض) فيه تأمل لأن الاجارة الشرعية هي الصحيحة التي عرفها أئمة المذهب بأنها عقد على منفعة معلومة ببدل معلوم والفاسدة ضد الشرعية فلا يشملها تعريف الشرعية سواء فسدت بشرط مقارن أو شيوع أصلي فدعواه شمول تعريف الشرعية الفاسدة غير مسلمة ويرد ما عدل اليه مبدأ كلامه وهو قوله تمليك نفع اذ لا تمليك لغير معلوم ولزوم تقييد النفع بالمعلوم في قوله عين أو دين اذ لا يكون لغيره معلوم ذاتا ووصفا وقدرا وقيد المنفعة وبطل ترديده بقوله وان كان تعريفا للأعم لأنهم لا يعرفون الا الحقيقة الخاصة الشرعية قال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه لابد من اعلام ما يرد عليه عقد الاجارة على وجه تنقطع به المنازعة ببيان المدة والمسافة والعمل ولابد من اعلام البدل وكذا في سائر المعتبرات حتى قال في

البدائع اذا كانت الجهالة مفضية الى المنازعة منعت من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد وكان العقد عبثا اهـ فبهذا كان قوله وما اختير هنا تعريف للأعم غير مسلم لأنه لا يصدق بالصحيحة لفساد تسليم المشاع الأصلي وعدم علم البدل فلم يوجد العقد وكان عبثا كما قاله في البدائع فلا ينبغي العدول عن كلام أئمة المذهب رحمهم الله

(قوله أو وهبتك منافعها) أقول هذا ولا تصح فيما لو أراد العقد على المنافع لما قال في البرهان وكذا يعني لا تنعقد بأجرة منفعتها
لأنها معدومة وإنما تجوز بإيراد العقد على العين ولم يوجد وقيل تنعقد به لأنه أتى بالمقصود من إضافة الإجارة إلى العين
اه وفي الخانية ولو قال آجرتك منفعة
هذه الدار شهرا بكذا ذكر في بعض
الروايات أنه لا يجوز وإنما تجوز الإجارة
إذا أضيفت إلى الدار لا المنفعة وذكر
الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده إذا
أضاف الإجارة إلى المنفعة جاز أيضا اه
(قوله واختلف في انعقادها بلفظ البيع)
أقول جزم في البرهان شرح مواهب
الرحمن بعدم الانعقاد فقال لا بعت يعني
لا تنعقد بعت منفعتها لأن بيع المعدوم
باطل فلا يصح تمليكا بلفظ البيع والشراء
اه وفي الخانية رجل قال لغيره بعت منك
منفعة هذه الدار شهرا بكذا لا يجوز كما
لا يجوز بيع خدمة العبد شهرا بكذا اه
(قوله أو تمكنه من الاستيفاء) أقول
يعني في الإجارة الصحيحة لما سيأتي (قوله
ويسقط الأجر بالغصب) أقول يعني
إذا غصبت كل المدة وإن بعضها فبقدره
يسقط انتهى وفي انفساخ الإجارة بالغصب
اختلاف اه ويسقط الأجر بغرق
الأرض قبل زرعها وإن اصطلمه آفة
سماوية لزمه الأجر تاما في رواية عن محمد
لأنه قد زرعها أو يلزمه أجر ما مضى من
المدة فقط وبه يفتى إن لم يتمكن من زرع
مثله في الضرر ثانيا ذكره في البرهان
(قوله للمؤجر طلب الأجر للدار الخ) أقول
هذا إذا لم يؤقت في العقد وقتا لطلبه وإن
وقت فليس له الطلب قبله كما في شرح
المجمع (قوله والخياطة ونحوها إذا
فرغ) أقول هذا لو عمل في بيته كما في
البرهان (قوله وذكر في المبسوطين الخ)
أقول وهو على المشهور لما في البرهان
ويستحق حصة ما خاط لو عمل في بيت
المستأجر على المشهور (قوله للخباز طلب الأجر للخبز في بيت المستأجر بعد إخراجه من التنور) أقول ولو خبز في بيت والضمان
نفسه لا يستحق الأجر إلا بالتسليم كما في شرح المجمع (قوله لما سيأتي أن الأجر الخ) ليس مناسبا لهذا المقام بل لما إذا تعدى المستأجر

بالشرط الفاسد وبالشيوع الأصلي وإن كان تعريفا للأعم لم يكن تقييد النفع
والعوض بالمعلومية صحيحا وما اختير هنا تعريف للأعم كما أن تعريف البيع كان
كذلك (عين أو دين أو نفع) الأولان ظاهران وأما الثالث فسيأتي توضيحه
(وتنعقد بأعرتك هذه الدار شهرا بكذا أو وهبتك منافعها) يعني أن الإجارة تنعقد
بلفظ العارية حتى لو قال لغيره أعرتك هذه الدار شهرا بكذا وقبل المخاطب كانت
إجارة صحيحة أما العارية فلا تنعقد بلفظ الإجارة حتى لو قال آجرتك هذه الدار بلا
عوض كانت إجارة فاسدة لا عارية ولو قال له وهبتك منافع هذه الدار شهرا بكذا
يجوز ويكون إجارة كذا في الفتاوى الصغرى (واختلف في انعقادها بلفظ البيع)
ذكر شيخ الإسلام أن فيه اختلاف المشايخ وقال إذا قال الحر لغيره بعت نفسي منك
شهرا للعمل كذا فهو إجارة وعن الكرخي أن الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع ثم رجع
وقال تنعقد كذا في الخلاصة (ويعلم النفع ببيان المدة) طالت أو قصرت (كالسكنى
والزراعة مدة كذا) أي سكنى الدار أو الأرض أو زراعة الأرض مدة كذا (أو) بيان
(العمل كالصباغة والصبغ) والخياطة ونحوها (أو الإشارة) عطف على بيان أي
يعلم النفع أيضا بالإشارة (كنقل هذا إلى ثمة) فإن النفع ليس بمشار إليه لكن يعلم من
الإشارة أنه الفعل المخصوص (لا يلزم الأجر بالعقد) أي لا يملك بنفس العقد ولا
يجب تسليمه به عينا كان أو دينا لأن العقد معاوضة وأحد العوضين منفعة تحدث
شيئا فشيئا والآخر مال ومقتضى المعاوضة المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب
المنفعة التراخي في البدل (بل بتعجيله) بأن يعطيه قبل حلول الأجل فإنه يكون هو
الواجب بالعقد حتى لا يكون له حق الاسترداد (أو شرطه) أي شرط تعجيله حال
العقد فإنه حينئذ يجب (أو الاستيفاء) أي استيفاء المنفعة المعقود عليها فإن الأجر
حينئذ يجب أيضا (أو تمكنه منه) أي من الاستيفاء وفرع على هذا بقوله (فيجب)
أي الأجر (لدار قبضت ولم تسكن) لوجود التمكن من الاستيفاء وبقوله (ويسقط)
أي الأجر (بالغصب) أي إذا غصبها غاصب من يده يسقط الأجر (للمؤجر طلب الأجر
للدار والأرض لكل يوم وللدابة لكل مرحلة) والقياس أن يطالب في كل ساعة
بحسابه تحقيقا للمساواة كما عرفت لكنه يفضي إلى الحرج إذ لا يعلم حصته إلا بمشقة
فرجع إلى ما ذكر (والخياطة ونحوها) يعني للمؤجر طلب الأجر في هذه الصنائع
(إذا فرغ) أي من العمل لا لكل يوم (وإن عمل في بيت المستأجر) حتى إذا عمل في
بيت المستأجر ولم يفرغ من العمل لا يستحق شيئا من الأجر على ما في الهداية والتجريد
وذكر في المبسوطين والفوائد الظهيرية والذخيرة وشروح الجامع الصغير أنه إذا
خاط البعض في بيت المستأجر يجب الأجر له بحسابه حتى إذا سرق الثوب بعد ما خاط
بعضه يستحق الأجر بحسابه (والخبز فيه) أي للخباز طلب الأجر للخبز في بيت المستأجر
(بعد إخراجه من التنور فإن احترق بعده فله الأجر ولا غرم) لما سيأتي أن الأجر

والضمان لا يجتمعان (وقبله لا أجر ولا غرم) قال في الوقاية فان احترق بعد ما أخرجه فله الاجر وقبله لا ولا غرم فيهما وقال صدر الشريعة أي في الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج أقول فيه بحث أما أولا فلانه مخالف لما في شروح الهداية ان فيما قبل الاخراج غرما حتى قال في غاية البيان انما قيد بعدم الضمان في صورة الاحتراق بعد الاخراج من التنور لانه اذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان في قول أصحابنا جميعا وأما ثانيا فلانه مخالف للقاعدة المقررة الآتي ذكرها من أن الاجير المشترك يضمن ما تلف بعمله * فان قيل وضع المسئلة فيما اذا خبزه في بيت المستأجر وذلك يمنع ان يخبزه لغيره فيكون أجيرا خاصا ويقتضي ان ما تلف بعمله لا يضمن * قلنا قد صرح الشراح بأنه أجير مشترك حيث قالوا أجير الواحد من وقع العقد في حقه على المدة بالتخصيص كما سيأتي كمن استأجره شهرا للخدمة على أن لا يخدم غيره وما نحن فيه مستأجر على العمل بلا بيان المدة ولا مدخل للفعل في بيته فكان أجيرا مشتركا ولهذا غيرت العبارة الى ما ترى ومنشأ هذه الهفوة ان صاحب الهداية قال فلو احترق أو سقط من يده قبل الاخراج فلا أجرة له للهلاك قبل التسليم فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية فجعل صاحب الوقاية قوله ولا ضمان عليه متعلقا بما قبل الاخراج أيضا فلزم ما لزم الحمد لله ملهم الصواب واليه المرجع والمآب (من لعمله أثر) في العين (كصباغ وقصار يقصر بالنشا ونحوه) قيد به ليكون لعمله أثر واحترز به عن غاسل الثوب كما سيأتي (يحبس العين للاجر) لان المعقود عليه وصف في المحل فكان حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع (فلا غرم ان ضاع) العين (بعده) لانه أمانة في يده (ولا أجر) لان المعقود عليه هلك قبل القبض (ومن لا أثر لعمله كالحمال والملاح وغاسل الثوب) بغير ما ذكر (لا يحبس له) أي للاجر ذكر في النهاية ان القصار اذا لم يكن لعمله الا ازالة الدرن اختلفوا فيه والاصح ان له حق الحبس على كل حال لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله بعد ان كان هالكا بالاستتار فصار كأنه أحدثه بالاظهار وعزاه الى الجامع الصغير لقاضيخان (بخلاف راد الآبق) حيث يكون له حق حبسه وان لم يكن لعمله أثر في العين فانه كان على شرف الهلاك فكأنه أحياه وباع منه بالجعل (ان شرط عمله لا يستعمل غيره) لان المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه بخلاف السلم فان المعقود عليه هناك العين لا العمل فجاز ان يعمل غيره (والا) أي وان لم يشترط عمله (جاز استعمال غيره) لان الواجب عليه احداث المعقود عليه ويمكنه الايفاء بنفسه وبالاستعانة بغيره (استأجره لاليجيء بعياله فمات بعضهم فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لو) كان عياله (معلومين) لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره (والا) أي وان لم يكن عياله معلومين (فكله) أي فله كل الاجر (و) ان استأجره (لايصال قط أو زاد الى زيد ان رده) أي القط أو الزاد (لموته) أي زيد (أو غيبته) ذكره في النهاية (لاشيء له) أي للاجير لان المعقود عليه في الكتاب نقله لانه المقصود أو وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم

والمناسب أن يقال انه بالاخراج تم عمله وبالاحتراق بعد التسليم حكم لا ضمان (قوله وقبله لا أجر ولا غرم) أقول والمالك بالخيار ان شاء ضمنه دقيقا مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته الخبز وأعطاه الاجر ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح كما في التبيين (قوله من لعمله أثر في العين الخ) أقول ومحل حبسه للاجر اذا عمل في دكانه أما اذا عمل في بيت المستأجر فليس له حق الحبس كما في شرح المجمع عن الخلاصة (قوله وغاسل الثوب بغير ما ذكر) قال الزيلعي اختلفوا في غسل الثوب حسب اختلافهم في القصارة بلا نشا وقد بيناه من قبل اه (قلت) والذي بينه هو ما حكاه المصنف رحمه الله تعالى عن النهاية وظاهر التعليل يفيد أن له حبس المغسولة أيضا على الاصح اه وفي القنية قال استاذنا اختلاف المشايخ في قول أصحابنا كل صانع لعمله أثر في العين له حبسها المراد به العين والاجزاء المملوكة للصانع التي تتصل بمحل العمل كالنشا والغراء والخيوط ونحوها أم مجرد ما يرى ويعاين في محل العمل ككسر الفستق والحطب وطحن الحنطة وحلق راس العبد فاختار قع قب ظت الثاني واختار بم الاول اه (قوله بخلاف السلم) يعني السلم فيما لو استصنع نحو خف مؤجلا (قوله لو كان عياله معلومين) أقول يعني للعاقدين أو ذكر عددهم للاجير (قوله قط) قال في مختار الصحاح والقط الكتاب والصك بالجائزة ومنه قوله تعالى عجل لنا قطنا اه

تعلق به وقد نقضه بالعود فيسقط الاجر ويصير كالخياط اذا خاط الثوب ثم نقضه فانه لا اجر له وكذا الزاد فانه بالعود نقض تسليم المعقود عليه (وان دفع القط الى ورثته) في صورة الموت (او من يسلم اليه اذا حضر) في صورة الغيبة (وجب الاجر بالذهاب) بالاجماع وهو نصف الاجر المسمى لانه اتى بأقصى ما في وسعه (وان وجده ولم يوصله اليه لم يجب شئ) لانتفاء المعقود عليه وهو الايصال (صح استئجار دار او دكان بلا ذكر ما يعمل فيهما) لان العمل المتعارف فيهما السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فيصح العقد (وله كل عمل) للاطلاق (سوى موهن البناء كالقصارة) لان فيه ضررا ظاهرا فيتقيد العقد بما وراءه دلالة (او ارض) عطف على دار اي صح استئجار ارض (للبناء او غرس) لانه منفعة معلومة تقصد بعقد الاجارة عادة (فاذا مضى المدة قلعه) اي البناء او نحوه وسلم الارض فارغة (الا ان يضمن المؤجر قيمته) اي قيمة البناء ونحوه (مستحق القلع) فاذا ضمن يتملكه بلا رضا المستأجر ان نقص القلع الارض والا فبرضاه (او يرضى) اي المؤجر (بتركه) فيكون البناء والغرس لصاحبهما والارض لصاحبها (والزرع) اذا انقضت مدته لا يجبر على قلعه (بل يترك باجر المثل الى ان يدرك) لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين فيه (والرطبة كالشجر) لان لها بقاء في الارض ليست كالزرع وقد علم حكم الشجر (او دابة) عطف على ارض اي صح استئجار دابة (للركوب او الحمل) بفتح الحاء (او) استئجار (ثوب للبس ان بين الراكب او الحمل) بكسر الحاء (واللابس) قال في الكنز والدابة للركوب والحمل والثوب للبس عطف على الدور في قوله صح اجارة الدور ففهم منه ان اجارة الدابة وما عطف عليه جائزة مطلقا وقد قال في الكافي فان لم يبين من يركبها او ما يحمل عليها او من يلبسه فالاجارة فاسدة ولهذا قلت ان بين الراكب الخ (فان عمم) بان قال على ان يركب او يلبس من شاء او يحمل ما شاء (اركب والبس من شاء وحمل ما شاء) لوجود الاذن من المؤجر لكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار كانه نص على ركوبه

(قوله وهو نصف الاجر المسمى) اقول فيه نظر بل له الاجر كاملا بمقتضى قوله ولو استأجر رجلا لايصال قط او زاد الى زيد اذ المعقود عليه الايصال لا غير وقد وجد فاوجه تنصيف الاجر على ان المتن صادق بوجوب تمام الاجر اه والمسئلة فرضها صاحب المواهب في الاستئجار للايصال ورد الجواب مما رأيت بخط شيخ شيخنا الشيخ على المقدسي ما صورته وفي المسئلة قيود ستة استفيدت من الذخيرة وقاضيخان وشروح الهداية الاول قيد بالكتابة فانه لو كان له مؤنة كطعام فلا اجر اتفاقا الثاني قيد برد الجواب لانه لو لم يشترط رد المجيء بالجواب وترك الكتاب ثمة فيه او كان ميتا او غائبا فله الاجر كاملا الثالث قيد بالذهاب اذ لو ذهب بلا كتاب فلا اجر له الرابع قيده بان وجده ميتا اذ لو وجده حيا ودفع اليه واتى بالجواب فله الاجر كاملا او كان المكتوب اليه غائبا فدفعه الى آخر ليدفعه اليه او دفع الى المكتوب اليه ولم يقرأ ورجع بغير الجواب فله اجر الذهاب الخامس قيده بتبليغ الكتاب اذ لو استأجره ليبلغ رسالة الى فلان فذهب ولم يجد المرسل اليه او وجده ولم يبلغه الرسالة ورجع فله الاجر والفرق ان الرسالة قد تكون سرا لا يرضى المرسل بان يطلع عليه غيره وفي غير المختوم لا تكون سرا بخلاف الرسالة فانها لا تخلو عن الاسرار وما اختار الرسالة على الكتاب الا لسره المرسل اليه قال شمس الائمة الحلواني الرسالة والكتاب سواء السادس قيد برد الكتاب اذ لو تركه هناك ولم يرده الى المرسل استحق اجرة الذهاب اتفاقا اه

(قوله سوى موهن البناء كالقصارة) اقول وحاصله اذا كان يضر بالبناء يمنع منه وان كان لا يضر لا يمنع هكذا اختاره الحلواني وعليه الفتوى كما في الذخيرة (قوله اي البناء او نحوه) يعني به الشجر والرطاب (قوله قيمته مستحق القلع) قال شارح المجمع ومعرفة قيمته كذلك ان تقوم الارض مع الشجر المأمور مالكه بقلعه وتقوم وليس فيها هذا الشجر فيفضل ما بينهما هو قيمة الشجر وانما فسرناه بكذا لان قيمة المقلوع ازيد من قيمة المأمور بقلعه لكون المؤنة مصروفة للقلع كذا في الكفاية اه (قوله والزرع يترك باجر المثل) اقول معناه ابتداء اذا كان بالقضاء او الرضا والا فلا اجر كما في الاشباه والنظائر عن القنية ونصها المراد بقول الفقهاء اذا انتهت الاجارة والزرع لم يستحصد يترك باجر اي بقضاء او بعقدهما حتى لا يجب الاجر الا باحدهما اه واقول هذا في غير ما استثناه المتأخرون من الوقف والمعد للاستغلال ومال اليتيم فانها اذا انقضت المدة وبقي الزرع بعدها حتى ادرك يقضي باجر المثل لما زاد على المدة مطلقا (قوله قال في الكنز الخ) اقول مؤاخذته هذه واردة عليه في قوله المتقدم والزراعة مدة كذا لان الاجارة لا تصح وان ذكر مدة الاستئجار ما لم يبين ما يزرع فيها او ليس في كلامه ما يستدل به على وجه الاطلاق

ابتداء كذا فى الكافى (وان خصص) براكب ولابس (فخالف ضمن) لانه تعدى (كذا كل ما يختلف بالمستعمل كالفسطاط) حتى لو استأجره فدفعه الى غيره اجارة او اعارة فقبضه وسكن فيه ضمن عند ابى يوسف رحمه الله لتفاوت الناس فى نصبه واختيار مكانه وضرب اوتاده وعند محمد لا يضمن لانه للسكنى فصار كالدار (وفيما لا يختلف به) اى بالمستعمل (بطل التقييد) لانه غير مفيد (فان سمى) فى الحمل (نوعا وقدرا ككر برله) اى للمستأجر (حمل مثله) فى الضرر وان تساويا (وزنا والاخف كالسمسم والشعير لا الاضر كالملح والحديد) حتى اذا استأجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة لان الحديد يجتمع فى موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها (وضمن بارداف رجل ان ذكر ركوبه) اى ركوب نفسه (نصف قيمتها) بلا اعتبار الثقل بين المردف والرديف فان الخفيف الجاهل بالفروسية قد يكون اضر من الثقيل العالم بها ذكر الارداف لانه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره ضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطيق حملهما لان ثقل الراكب مع الذى حمله يجتمعان فى مكان فيكون أشق على الدابة اما اذا كانت لا تطيق فيجب عليه جميع الضمان فى الاحوال كلها وقيد بقوله رجلا لانه لو اردف صبيا لا يستمسك ضمن ما زاد الثقل فان كان صبيا يستمسك فهو كالرجل كذا فى الكفاية (و) ضمن (بالزيادة على حمل معلوم ما زاد ان اطاقت الحمل) اى ضمن قدر ما زاد على قدر الحمل المعلوم فى الثقل لانها هلكت بمأذون فيه وغير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما (والا) اى وان لم تطق حمل مثله (فيضمن كل قيمتها) لعدم الاذن فيه فيكون اهلاكا (كبلا كبها بضربه) اى الراكب (و) كبحه) وهو ان يجذبها الى نفسه لتقف ولا تجرى فانه يضمن بهما لان الاذن مقيد بشرط السلامة لتحقق السوق بدونه (وجوازه بها) اى الدابة (عما) اى عن مكان (استؤجرت اليه ولو) وصلية (ذاهبا وجائيا) اى للذهاب والمجىء (وردها اليه) عطف على جوازه بها يعنى اذا استأجرها الى موضع فجاوزها الى موضع آخر ثم ردها الى الاول ثم نفقت فهو ضامن قيل تأويل هذه المسئلة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لينتهى العقد بالوصول الى الاول فلا تصير بالعود مردودة الى يد المالك معنى اما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف فى الوديعة ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب يجرى على اطلاقه والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقى الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فيحصل الرد الى نائب المالك وفى الاجارة والعارية يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود قال فى الهداية هذا اصح وقال فى الكافى الاول اصح

(قوله وان تساويا وزنا) أقول الواو زائدة (قوله والاخف كالسمسم والشعير) اقول يعنى لو استأجرها لحمل مقدار من البر له حمل مثل كيله سمسما او شعيرا وكذا مثل وزنه على الاصح كما فى التبيين (قوله لانه ربما يكون أضر) اقول بل مجزوم بضرره على انه جزم به من قبل (قوله وضمن بارداف رجل الخ) اقول ذكر انه يضمن نصف القيمة ولم يذكر ماذا يجب عليه من الاجر وقال فى النهاية وفى المحيط انه يجب عليه جميع الاجرة اذا هلكت بعد ما بلغت مقصده ونصف القيمة ثم المالك بالخيار ان شاء ضمن الرديف وان شاء ضمن الراكب فالراكب لا يرجع بما ضمن والرديف يرجع ان كان مستأجرا والا فلا كما فى التبيين (قوله وضمن بالزيادة على حمل معلوم ما زاد ان أطاقت الحمل) أقول وهذا اذا حملها الزيادة مع المسمى وكانت من جنسه حتى لو حملها المسمى وحده ثم حملها الزيادة وحدها او حملها وكانت من غير جنسه فعطبت يضمن جميع قيمتها كما لو استأجر ثورا لحنطة معلومة فزاد يجب جميع القيمة كما فى التبيين وفى تتمة الفتاوى استكرى دابة ليحمل عليها عشر مخاتيم بر فجعل فى الجوالق عشرين وامر المكارى ان يحمل هو عليها فحمل هو ولم يشاركه المستكرى فى الحمل لا ضمان ان هلكت ولو حملاه معا ووضعاه عليها يضمن المستكرى ربع القيمة ولو كان البر فى جوالقين فحمل كل جوالقا ووضعاهما على الدابة معا لا يضمن المستأجر شيئا ويجعل حمله مما استحق بالعقد اه (قوله وجوازه بها عما استؤجرت اليه ولو ذاهبا وجائيا وردها اليه) قال فى الكافى هذا اصح اه كما سنذكره (قوله بمنزلة المودع اذا خالف الخ) سنذكر فى باب التصرف والجناية فى الرهن ان المستأجر والمستعير اذا خالف ثم عاد الى الوفاق لا يبرأ من الضمان على ما عليه الفتوى (قوله وقيل الجواب يجرى على اطلاقه) تفسير الاطلاق بأن استأجرها ذاهبا وآيبا (قوله قال فى الهداية هذا اصح) وقال فى الكافى الاول اصح اقول هذا وهم لانه اعتمد فى الكافى على التصحيح الذى اعتمده صاحب الهداية فلا مخالفة بين ما اعتمداه من التصحيح لانه قال فى الكافى قيل هذا اى الضمان بالمجاوزة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لانقضاء العقد دون ما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا لبقاء العقد وقيل بل هو ضامن

في الوجهين وهذا اصح وقيل الاول اصح اه ملخصا (قوله ونزع سرج حمار مكترى وايكافه) اقول هذا عند ابي حنيفة وقالا يضمن بقدر الزيادة وفي الحقائق نقلا عن العيون والفتوى على قولهما اه وما قالا رواية الاجارات عن ابي حنيفة واختلف في تفسير الزيادة قيل مساحة حتى اذا كان السرج ٢٣٠ يأخذ من ظهر الحمار قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف القيمة وقيل ثقلا حتى اذا كان السرج منوين والاكاف ستة امناء يضمن ثلثي قيمته اه كما في البرهان وقال الاتقاني وكان الفقيه ابو جعفر يقول ان كانت تلك الدابة توكف بمثله وتسرج يجب الضمان بحسب الزيادة وان كانت تلك الدابة لا توكف بمثله وجب عليه ضمان الكل لانه قصد اتلافه وصار بمنزلة خلاف الجنس وهذا القول احسن وبه نأخذ الى هنا لفظ ابي الليث اه وقيد بنزع السرج والاكاف لانه لو استأجره عريانا ليركب خارج المصر فأسرجها يضمن اتفاقا وان لم يركب في المصر فان كان من الاشراف لا يضمن اتفاقا وان من الاسافل يضمن وقيد بتبديل سرجها باكاف لانه لو بدل اكافها بسرج لا يضمن اتفاقا لانه اخف من الاكاف ولو بدل سرجها بسرج تسرج بمثله فهلكت لا يضمن اتفاقا وان كانت لا تسرج بمثله يضمن اتفاقا كما في شرح المجمع وذكر المصنف رحمه الله هذا الاخير (قوله وله الاجر ان بلغ) اقول وكذا لو بلغ بعد نزع سرجه (قوله او اخذ القباء باجر مثله) اقول هذا في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا خيار له والخياط ضامن له قيمة الثوب كما في البرهان مع توجيه كل (قوله ذكره قاضيخان) اقول وقال عقبه وقال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي كان الشيخ الامام يقول عرف ديارنا في الاعمال التي يفسد المتعلم فيها بعض ما كان متقوما حتى يتعلم نحو حك نقب الجواهر وما اشبه ذلك فما كان من جنس ذلك يكون الاجر على المولى ان كان مسمى فالمسمى وان لم يكن فاجر المثل عليه للاستاذ وما لم يكن من جنس هذا يجب الاجر على الاستاذ اه والله اعلم

{باب الاجارة الفاسدة}

(ونزع) اي ضمن بنزع (سرج حمار مكترى وايكافه) يعني اذا اكترى حمارا مسرجا ونزع سرجه واوكفه يضمن (مطلقا) اي سواء كان الاكاف مما يوكف بمثله الحمار بمثله اولا اما الثاني فظاهر واما الاول فلان الاكاف ليس من جنس السرج لاختلافهما صورة ومعنى فيضمن القيمة اذا عطبت كما اذا حمل الحديد مكان الحنطة (واسرجه بما لا يسرج) اي الحمار (بمثله) حيث يضمن كل قيمته لانه يعد اتلافا للدابة كمن ابدل الحنطة بالحديد (وسلوك) اي يضمن الحمال قيمة متاع حمله ان هلك بسلوك (طريق غير ما عينه) المستأجر لكن الناس يسلكونه ايضا (وقد تفاوتا) اي الطريقان بالطول والقصر والصعوبة والسهولة حتى اذا لم تتفاوتا فلا ضمان عليه ان هلك اذ لا فائدة في تعيينه حينئذ (او سلوك ما لا يسلكه الناس) اي يضمن ايضا اذا هلك بسلوك طريق لا يسلكه الناس لصحة التقييد وحصول المخالفة (وحمله في البحر) يعني اذا حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن اذا تلف لان البحر متلف حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة في البر لا البحر (وله) اي للحمال (الاجر) في الصور المذكورة (ان بلغ) المنزل (سالما) لحصول المقصود (استأجر ارضا للزرع بر فزرع رطبة ضمن ما نقصت) لان الرطبة اعظم ضررا من البر لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى مضرة فيضمن ما نقصت (بلا اجر) لانه صار غاصبا حيث اشغل الارض بجنس آخر غير ما امر به (دفع ثوبا) الى خياط (ليخيطه قميصا) بدرهم (فخاطه قباء) خير الدافع ان شاء (ضمنه قيمة ثوبه او اخذ القباء باجر مثله ولم يزد على المسمى) قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو يجري على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة لانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص ففيه الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء لكن يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو حكم الاجارة الفاسدة (دفع غلامه الى حائك مدة معلومة ليعلم النسج على ان يعطي الاستاذ المولى كل شهر كذا جاز ولو لم يشترط عليه اخذ اجر فبعد تعلم طالب الاستاذ من المولى اجرا وهو منه) اي المولى من الاستاذ (ينظر الى عرف البلدة) في ذلك العمل فان كان العرف يشهد للاستاذ يحكم باجر مثل تعليم ذلك العمل وان كان يشهد للمولى فباجر مثل الغلام على الاستاذ وكذا لو دفع ابنه ذكره قاضيخان

{باب الاجارة الفاسدة}

(تفسد) بامور ذكر الاول بقوله (بالشرط المفسد للبيع) لان المنافع يكون لها قيمة بالعقد وتصير به مالا فتعتبر الاجارة بالمعاوضة المالية دون ما سواها من

(قوله والشيوع) أقول إجارة المشاع فاسدة عند أبي حنيفة وعندهما يجوز بشرط بيان نصيبه وإن لم يبين نصيبه لا يجوز في الصحيح وفي المغني الفتوى في إجارة المشاع على قولهما كذا في التبيين وفي شرح المجمع لابن الملك وإجارة المشاع سواء كان يحتمل القسمة أولا بأن يؤجر نصيبه من داره مشتركة من غير الشريك فاسدة عند أبي حنيفة رضي الله عنه

النكاح والخلع والصلح عن دم العمد ونحوها وذكر الثاني بقوله (والشيوع) بأن يؤجر نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير شريكه وإنما فسدت لأن المقصود منها الانتفاع وهو أمر حسي لا يمكن بالمشاع ولا يتصور تسليمه فلا يجوز بخلاف البيع لأن المقصود به الملك وهو أمر حكمي يمكن في المشاع فيجوز (الأصلي) احترز به عن الشيوع الطارئ فإنه لا يفسد الإجارة في ظاهر الرواية كما إذا آجر كل الدار ثم فسخ في النصف أو آجر رجلان دارهما الواحد فمات أحدهما أو بالعكس (إلا من شريكه) فإن كل المنفعة حينئذ تحدث على ملكه فالبعض بحكم الملك الحقيقي والبعض بحكم الإجارة فلا يظهر معنى الشيوع وإنما يظهر الاختلاف في حق السبب ولا عبرة لاختلاف السبب مع اتحاد الحكم فإذا لم يظهر الشيوع صح العقد على أنه لا يصح في رواية عن أبي حنيفة كذا في الكافي وذكر الثالث بقوله (وجهالة المسمى) بأن جعل الأجرة ثوبا أو دابة بلا تعيين وذكر الرابع بقوله (وعدم التسمية) بأن قال آجرتك داري شهرا أو سنة ولم يقل بكذا وتفسد أيضا إذا استأجر حانوتا أو دارا سنة بمائة درهم على أن يرمها المستأجر ويكون على المستأجر أجر المثل بالغا ما بلغ لأنه لما شرط المرمة على المستأجر صارت المرمة من الأجرة فيصير الأجر مجهولا ذكره قاضيخان وإنما لم يذكرها لدخوله تحت قوله وجهالة المسمى (فإن فسدت بهما) أي بهذين الأخيرين (وجب أجر المثل باستيفاء المنفعة) إذ قبل استيفائه لا يستحق الأجر (بالغا ما بلغ وإلا) أي وإن لم تفسد بهما بل بالشرط أو الشيوع (لم يزد) أي أجر المثل (على المسمى) أي إذا كان أجر المثل زائدا على المسمى لا تجب الزيادة لأنهما رضيا بإسقاط حقهما حيث سميا الأقل (وينقص عنه) أي إن كان أجر المثل ناقصا عن المسمى لا يجب قدر المسمى لفساد التسمية وإنما لزم أجر المثل في الفساد بهما بالغا ما بلغ ولم يزد على المسمى في الفساد بغيرهما لأن المنافع لا قيمة لها في أنفسها عندنا وإنما تتقوم بالعقد أو بشبهة العقد فإذا لم تتقوم في أنفسها وجب الرجوع إلى ما قومت به في العقد وسقط ما زاد عليه لرضاهما بإسقاطه وإذا جهل المسمى أو عدمت التسمية انتفى المرجع ووجب الموجب الأصلي وهو وجوب القيمة بالغة ما بلغت هكذا ينبغي أن يقرر هذا الكلام فإن عبارة القوم مضطربة في هذا المقام (فإن آجر داره) تفريع على قوله وجهالة المسمى (بعبد) أي عبد مجهول (فسكن مدة) كستة أشهر مثلا (ولم يدفعه) أي العبد (فعليه للمدة أجر المثل بالغا ما بلغ وتفسخ في الباقي) من المدة (آجر دارا كل شهر بكذا صح في واحد فقط) وفسد في الباقي إذ لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها ولا على ما بين الأدنى والأعلى لعدم أولوية بعضها من البعض فتعين الأدنى

والفتوى على قولهما اهـ (قوله احترز به عن الشيوع الطارئ فإنه لا يفسد الإجارة الخ) أقول وهذا حيلة جواز إجارة المشاع على قوله وكذا حيلة جوازها عنده أن يلحقها حكم حاكم كما في شرح المجمع والتبيين (قوله أو آجر رجلان دارهما الخ) أقول يعني أنه لو مات أحد المؤجرين أو المستأجرين لا تفسد الإجارة في حصة الحي وهو ظاهر الرواية وقال زفر تفسد في كلتيهما وهو رواية عن أبي حنيفة (قوله وجهالة المسمى الخ) أقول وكذا تفسد لو جهل بعضه كمائة درهم وثوب ما وكذا إذا ردد في الزمان كأن خاطه اليوم فبدرهم وإن خاطه غدا فبنصفه فإذا لم يخطه إلا في الغد لاجتماع التسميتين فيكون الأجر مجهولا فيجب أجر المثل غير زائد على المسمى (قوله فإن فسدت بهما أي بهذين الأخيرين وجب أجر المثل باستيفاء المنفعة بالغا ما بلغ) أقول هكذا مثله في التبيين ويرد عليه ما ذكرناه من مسألة ترديد العمل إذ لا يجاوز فيها المسمى مع أن فسادها لجهالة المسمى كما سنذكره فيما سيأتي (قوله وإلا أي وإن لم تفسد بهما بل بالشرط أو الشيوع لم يزد على المسمى) أقول يرد عليه ما قال الزيلعي وقالوا إذا استأجر دارا على أن لا يسكنها المستأجر فسدت الإجارة ويجب عليه إن سكنها أجر المثل بالغا ما بلغ اهـ فهذه فسدت بالشرط وزيد فيها على المسمى (قوله هكذا ينبغي الخ) أقول قد علمت ما فيه (قوله فإن آجر داره بعبد مجهول فسكن مدة ولم يدفعه فعليه للمدة أجر المثل بالغا ما بلغ وتفسخ في الباقي) أقول وجوب أجر المثل غير متوقف على عدم دفع العبد إذ هو الواجب للفساد فلا مفهوم لما ذكره بل هو بيان للواقع بخلاف ما إذا عينه بأن آجر داره سنة بعبد بعينه فسكن المستأجر شهرا ولم يدفع العبد حتى أعتقه صح إعتاقه وكان على المستأجر للشهر الماضي أجر المثل بالغا ما بلغ وتنتقض الإجارة فيما بقي لأن الإجارة بإعتاق العبد فسدت فيما بقي وكذا لو آجر دارا بعين فسكن الدار ولم يسلم العين حتى هلكت كان عليه الأجر بالغا

واذاتم الشهر الاول فلكل منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح (وفي كل
شهر سكن في اوله) فانه اذا سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن
للآجر ان يخرجه الى ان ينقضي الا بعذر وكذا كل شهر سكن في اوله لان التراضي
منهما بالعقد يتم بالسكنى في الشهر الثاني وهذا هو القياس وقد مال اليه بعض
المتأخرين وفي ظاهر الرواية لكل منهما الخيار في الليلة الاولى من الشهر الداخل
ويومها الا ان ذلك رأس الشهر وفي اعتبار الاول نوع حرج (الا ان يسمي الكل)
بان يقول آجرتها ستة أشهر كل شهر بكذا متعلق بالمسئلتين معا يعني اذا بين جملة
الشهور وعين حصة كل منها جاز العقد لان المدة صارت معلومة فارتفع المانع من
الجواز (آجرها سنة بكذا صح وان لم يسم اجر كل شهر) لان المدة معلومة الا يرى ان
اجارة شهر واحد تصح وان لم يسم قسط كل يوم (واول المدة ما سمى) بان يقول من
شهر رجب من هذه السنة (والا) اي وان لم يسم شيئا (فوقت العقد) لان الاوقات
كلها في حكم الاجارة سواء وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في
الآجال بان باع الى شهر والايمان بان حلف لا يكلم فلانا شهرا حيث اعتبر فيهما الابتداء
بعد الفراغ من التكلم (فان كان) اي العقد (حين يهل الهلال اعتبر الاهلة) اي
شهور السنة كلها بالاهلة لان الاهلة اصل في الشهور قال الله تعالى قل هي
مواقيت للناس (والا فالايام) لان الاصل اذا تعذر يصار الى البدل (استأجر عبدا
باجر معلوم وبطعامه لم يجز) لجهالة بعض الاجر (جاز اجارة الحمام) فجاز اخذ
اجرته لما روي انه صلى الله عليه وسلم دخل الحمام في الجحفة ولتعارف الناس
(والحجام) لما روي انه صلى الله عليه وسلم احتجم واعطى اجرته (والظئر باجر معين)
والقياس ان لا تصح لانها ترد على استهلاك العين وهو اللبن فصار كاستئجار البقرة
او الشاة ليشرب لبنها او البستان ليأكل ثمره وجه الاستحسان قوله تعالى فان
ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وعليه انعقد الاجماع وقد جرى به التعامل في
الاعصار بلا نكير ولا نسلم ان المعقود عليه استهلاك العين بل على المنفعة وهي
حضانة الصبي وتلقيمه ثديها وتربيته وخدمته واللبن تابع ولهذا لا تستحق الاجرة
اذا ارضعته بلبن الشاة لانها لم تأت بالعمل الواجب عليها الا انه ايجار وليس بارضاع
(وطعامها وكسوتها) وعندهما لا تجوز للجهالة وله ان الجهالة انما تفسد العقد
لافضائها الى المنازعة وهنا ليس كذلك لان العادة بين الناس التوسعة على الاظآر
لان منفعة ذلك ترجع الى اولادهم (وللزوج وطؤها الا في بيت المستأجر الا باذنه)
يعني ليس للمستأجر ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من
ابطاله حقه لكن المستأجر يمنعه من وطئها في منزله لان المنزل ملكه فلا يجوز ان
يدخل بلا اذنه (وله) اي للزوج (في نكاح ظاهر) بين الناس او عليه شهود
(فسخها) اي فسخ اجارة الظئر (لو بغير اذنه) سواء كان الزوج ممن يشينه ان تكون
امرأته ظئرا اولا لان هذه الاجارة توجب خلاف حق الزوج وللزوج ان يمنع امرأته
عما يوجب خلاف حقه (وفيما) اي في نكاح غير ظاهر بل (باقرارها لا) اي ليس
له ان يفسخ الاجارة لان العقد قد لزمها وقولها غير مقبول في حق من استأجرها

(وجاز

مابلغ اه كذا في الخانية (قوله واذاتم
الشهر الاول فلكل منهما ان ينقض
الاجارة) اقول هذا بشرط ان يكون
الآخر حاضرا وان كان غائبا لا يجوز
بالاجماع وقيل عند ابي يوسف يجوز وكذا
لو قدم اجرة شهرين او ثلاثة وقبض
الاجرة لا يكون لكل واحد منهما
الفسخ في قدر المعجل اجرته كما في
التبيين (قوله وفي ظاهر الرواية لكل
منهما الخيار) اقول وبه يفتى كما في
التبيين (قوله وفي اعتبار الاول نوع
حرج) اقول المراد به اول ساعة من
الشهر (قوله استأجر عبدا باجر معلوم
وبطعامه لم يجز) اقول وهذا بخلاف ما لو
شرط طعام العبد على المستأجر لما في
الخانية استأجر عبدا كل شهر بكذا على
ان يكون طعامه على المستأجر او دابة
على ان يكون علفها على المستأجر ذكر
في الكتاب انه لا يجوز وقال الفقيه ابو
الليث في الدابة نأخذ بقول المتقدمين اما
في زماننا العبد يأكل من مال المستأجر
عادة اه (قوله وطعامها وكسوتها) اقول
كان الاولى اعادة حرف الجر بان يقول
وبطعامها وكسوتها لانها مسألة مستقلة
وليست تتمة الاولى (قوله وعندهما
لا يجوز) يعني فالجواز قال به ابو حنيفة قاله
استحسانا ولهما الوسط كما في شرح المجمع
(قوله سواء كان الزوج الخ) اقول هذا
في الاصح

(وجاز للمستأجر فسخها ان مرضت أو حبلت) لان لبنها يضر بالولد (وعليها غسل الصبي وثيابه واصلاح طعامه ودهنه) لان العادة ان الظئر هي التي تتولى هذه الامور فصار ذلك كالمشروط (لا ثمن شئ منها) أي من الثياب والطعام والدهن (وهو) أي ثمنه (واجره) أي أجر عمل المرضعة وارضاعها (على أبيه) وفرع على هذا بقوله (فان أرضعته بلبن شاة أو غذته بطعام ومضت المدة فلا أجر لها) فان أجر الارضاع لما كان على الاب كان ترك الارضاع حرمانا عن الاجر فان الارضاع هو اشراب الصبي لبنها بادخال حلمة ثديها في فيه ولذا قال صاحب الهداية فان هذا ايجار وليس بارضاع فقوله فان أرضعته يكون من قبيل المشاكلة (بخلاف ما اذا دفعته الى خادمتها حتى أرضعته) حيث تستحق الاجر حينئذ كذا في الكفاية (ولم تصح الاجارة للاذان والامامة والحج وتعليم القرآن والفقه والغناء والملاهي والنوح) وفي المحيط في كتاب الاستحسان اذا أخذ المال بلا شرط يباح لانه اعطاء مال عن طوع بلا عقد (وعسب التيس) وهو ان يؤجر فحلا لينزو على الاناث والمراد أخذ الاجرة عليه والاصل ان الاجارة لا تجوز عندنا على الطاعات والمعاصي لكن لما وقع الفتور في الامور الدينية جوزها المتأخرون ولذا قال (ويفتى اليوم بصحتها) أي الاجارة لتعليم القرآن والفقه والامامة والاذان ويجبر المستأجر على دفع الاجر ويحبس به وعلى الحلوة المرسومة وهي هدية تهدى الى المعلمين على رؤس بعض سور القرآن سميت بها لان العادة اهداء الحلاوى (تفسد) أي الاجارة (ان دفع الى آخر غزلا لينسجه بنصفه أو استأجر حمارا ليحمل زاده ببعضه) أي بعض الزاد (أو ثورا ليطحن بره ببعض دقيقه) هذا الاخير يسمى قفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله والاولان في معناه (أو من يخبز له كذا اليوم بكذا) أي اذا استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة الاصوع من الدقيق اليوم بدرهم فسد عند أبي حنيفة لجهالة المعقود عليه لان ذكر الوقت يقتضي كونه المنفعة وذكر العمل مع تقدير الدقيق يقتضي كونه العمل ولا ترجيح لاحدهما على الآخر مع ان نفع المستأجر في وقوعها على العمل

(قوله وجاز للمستأجر فسخها ان مرضت أو حبلت) أقول وجاز لها أيضا ان تفسخها اذا تأذى أهلها به أو بعدم جريان عادتها بارضاع ولد غيرها أو بعيارتهم به كما في التبيين (قوله لا ثمن شئ منها) أقول وما ذكر محمد من أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة كما في البرهان (قوله فان أرضعته بلبن شاة) أقول بان أقرت به أو شهدت بينة بارضاعه بلبن البهائم له وان جحدت كونه بلبن شاة فالقول لها مع يمينها استحسانا ولو شهدوا انها ما أرضعته بلبن نفسها لم تقبل لقيامها على النفي مقصودا بخلاف الاول لدخوله في ضمن الاثبات وان أقاما البينة فبينة الظئر كما في الذخيرة (قوله فلا أجر) أقول هذا ظاهر على اختيار شمس الائمة حيث قال والاصح ان المعقود عليه اللبن لانه هو المقصود وما سوى ٢٣٣ ذلك من القيام بمصالحه تبع وأما على اختيار صاحب الهداية أن المعقود عليه المنفعة وهو القيام بخدمة الولد وما يحتاج اليه ففيه نظر لانه جعل الارضاع مستحقا تبعا للخدمة فكيف يسقط كل الاجر بتركه كما في البرهان (قوله بخلاف ما اذا دفعته الى خادمتها حتى أرضعته حيث تستحق الاجر) أقول هذا استحسان اذا لم يشترط ارضاع ثديها وان شرط فدفعته لخادمها اختلفوا فيه والاصح انها لا تستحق كما في الذخيرة (قوله وفي المحيط الخ) أقول يشكل عليه ما ذكره في البرهان عن سنن أبي داود عن عبادة بن الصامت قال علمت ناسا من أهل الصفة القرآن فأهدى الى رجل منهم قوسا فقلت ليست بمال وأرمي بها في سبيل الله لآتين رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتيته فقلت يا رسول الله رجل أهدى الى قوسا ممن كنت أعلمه الكتاب والقرآن وليست بمال وأرمي عنها في سبيل الله قال ان كنت تحب أن تطوق طوقا من نار فاقبلها وفي رواية فقلت ما ترى فيها يا رسول الله فقال هي جمرة بين كتفيك تقلدتها أو تعلقتها اهـ (قوله أو استأجر حمارا ليحمل زاده ببعضه) أقول المراد ببعضه قدر معلوم منه ويكون له أجر المثل لا يتجاوز به المسمى اذا فعل ما استأجر له وهذا اذا أورد العقد على الجميع ببعضه وأما اذا أورد العقد على البعض ببعضه الباقي فلا أجر لانه ملك النصف في الحال بالتعجيل فصار شريكا كما نص عليه اهـ وبنظيره في نسج الثوب مثله (قوله أو من يخبز له كذا اليوم بكذا) أقول هذا على الصحيح من مذهب الامام ان الاجارة فاسدة قدم العمل أو أخر اذا ذكر الاجر بعد الوقت والعمل وأما اذا ذكر الوقت أولا ثم الاجر ثم العمل بعده أو ذكر العمل أولا ثم الاجر ثم الوقت لا يفسد العقد كما في الظهيرية

لانه لا يستحق الاجرة الا به لكونه أجيرا مشتركا ونفع الاجير فى وقوعها على العمل
لانه لا يستحق الاجر الا به لكونه على المنفعة لانه يستحق الاجرة بمضى المدة عمل
أولا ففسد العقد ولو كان المعقود عليه كليهما أى يعمل هذا العمل مستغرقا لهذا
اليوم فهو غير مقدور عادة وعن أبى حنيفة انه اذا سمى عملا وقال فى اليوم جازت
الاجارة لان فى للظرف لا لتقدير المدة فلا تقتضى الاستغراق وكان المعقود عليه
العمل وهو معلوم (أو أرضا بشرط ان يثنيها أو يكرى أنهارها أو يسرقنها) لان أثر هذه
الافعال يبقى بعد انقضاء المدة وليست من مقتضيات العقد وفيه نفع صاحب
الارض فتفسد كالبيع (بخلاف استئجارها على أن يكربها أو يزرعها أو يسقيها
ويزرعها) لانه شرط يقتضيه العقد لان الزراعة مستحقة بالعقد وهى لا تتأتى الا
بالسقى والكرب فلا تفسد به (وبلا ذكر زراعتها أو ما يزرع فيها لم تصح) أما الاول
فلان الارض تستأجر للزراعة والبناء والغرس فما لم يبين شئ منها لم يعلم المعقود
عليه وأما الثانى فلتفاوت أنواع الزراعات واضرار بعضها بالارض فما لم يبين
شئ منها لم يعلم المعقود عليه (الا أن يعمم المؤجر) بان يقول على أن تزرع ما شئت
فحينئذ تصح لوجود الاذن منه (ولو زرعها) بلا ذكر الزراعة أو ما يزرع (فمضى
الاجل عاد) أى العقد (صحيحا) وله المسمى لارتفاع الجهالة بالزراعة قبل تمام
العقد (استأجره لا الى بغداد ولم يسم حمله فحمل معتادا فهلك لم يضمن) لان
الاجارة فاسدة والعين أمانة ولم يوجد التعدى (وان بلغ) المكان المعهود (فله
المسمى) من الاجر استحسانا والقياس أن يجب أجر المثل لانه وقع فاسدا وجه
الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد (فان تنازعا) أى العاقدان (قبل
الزرع) فى الصورة الاولى (أو الحمل) فى الصورة الثانية (فسخت الاجارة) يعنى
فسخها القاضى دفعا للفساد (وان تعدى) أى المستأجر على الدابة (وضمن أو حمل
طعاما مشتركا) بينه وبين آخر فاستأجر أحدهما الآخر أو حماره الى مكان فحمل
الطعام كله (فلا أجر له) لا المسمى ولا أجر المثل أما فى الاول فلما تقرر ان الاجر والضمان
لا يجتمعان وأما فى الثانى فلان العقد ورد على ما لا يحتمل الوجود فبطل كاجارة ما
لا منفعة له لان المعقود عليه حمل النصف الشائع وحمله غير متصور لانه فعل حسى
لا يتصور فى الشائع من حيث انه شائع بخلاف البيع لانه تصرف شرعى وهو يحتمله
(كما فى الجحود فى الطريق) يعنى استأجر دابة ثم جحد الاجارة فى بعض الطريق وجب
أجر ما ركب قبل الانكار ولا يجب الاجر لما بعده عند أبى يوسف لانه بالجحود صار
غاصبا والاجر والضمان لا يجتمعان وعند محمد يجب الاجر كله لانه سلم من الاستعمال
فسقط الضمان كذا فى الكافى وزاد فى شرح المجمع للمصنف بعد قوله فسقط الضمان
قوله وعقد الاجارة قائم لان الاجارة لا تنفسخ به وحده فوجب له الاجر المسمى على
المستأجر لالتزامه بذلك (اجارة النفع بالنفع تجوز اذا اختلفا واذا اتحد الا) يعنى
اذا أجر داره ليسكنها بسكنى دار أخرى أو دابة يركبها بركوب دابة أخرى أو ثوبه ليلبسه
بلبس ثوب آخر لم يجز عندنا لان المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذا غير موجود
فى الحال فاذا اتحد الجنس كان كمبادلة الشئ بجنسه نسيئة والجنس بانفراده يحرم

(قوله ونفع الاجير فى وقوعها على العمل) لعل صوابه على المدة يوضحه تعليله بقوله لانه استحق الاجر بمضى المدة عمل أولا ولكونه قسما لما يقع العقد عليه وهو العمل او الزمان فليتأمل (قوله لان اثر هذه الافعال يبقى بعد انقضاء المدة) اقول لو كانت الاجارة طويلة فلا يبقى لفعله أثر بعدها وكان الربع لا يحصل الا به لا يفسد اشتراكه وقد يحتاج الى كرى الجداول ولا يبقى اثره الى القابل عادة بخلاف كرى الانهار لان اثره يبقى الى القابل عادة كما فى التبيين (قوله ولو زرعها فمضى الاجل عاد صحيحا) اقول صحة العقد لا تتوقف على مضى الاجل بعد الزراعة بل اذا زرع ارتفعت الجهالة لما ذكر بعد من وجه الاستحسان فيما اذا بلغ الحمل المكان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فليتأمل (قوله عاد العقد صحيحا) يعنى استحسانا (قوله كما فى الجحود فى الطريق) أقول لا يخفى انه شبه عدم استحقاقه الاجر فى التعدى وحمل الطعام المشترك بما اذا جحد فى الطريق وفيه نظر لانه لا يسقط الاجر الا فيما بقى على قول ابى يوسف خلافا لمحمد كما ذكره فكان ينبغى أن يقال كما فيما بقى بعد الجحود فى الطريق (قوله واذا اتحد الا) اقول ثم لو استوفى أحدهما المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه اجر المثل فى ظاهر الرواية وروى الكرخى عن ابى يوسف انه لا شئ عليه كما فى التبيين

النسأ عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان النسأ فى الجنس المختلف ليس بحرام كذا فى الكافى أقول يرد على ظاهره ان قوله لان النسأ فى الجنس المختلف ليس بحرام مخالف لما قال فى باب الربا ان وجد القدر والجنس حرم الفضل والنسأ ولوجود العلة وان وجد أحدهما وعدم الآخر حل الفضل وحرم النسأ مثل ان يسلم هرويا فى هروى أو برا فى شعير وان عدما حل الفضل والنسأ فان البر والشعير جنسان مختلفان وقد حرم النسأ فيه ودفعه ان مراده بالجنس المختلف ما لا يكون فيه قدر كبيع حفنة بر بحفنتى شعير حيث جاز فيه النسيئة لاختلاف الجنس وانتفاء القدر كما مر فى بابه وههنا كذلك فان جنس النفع اذا اختلف وليس النفع من المقدرات الشرعية لم يحرم النسأ لانتفاء جزأى العلة فيكون هذا احترازا عن قوله وان عدما حل الفضل والنسأ هذا وقد علل فى المحيط عدم الجواز اذا اتحد الجنس بان المنافع معدومة فى الطرفين فكانت نسأ لاعينا والنبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ الا انه خص منه خلاف الجنس بالاجماع

﴿باب من الاجارة﴾

الاجير نوعان أحدهما (الاجير المشترك) وثانيهما الاجير الخاص وسيأتى بيانه الاول (من يعمل لا لواحد) كالخياط ونحوه (أو يعمل له) أى لواحد عملا (غير مؤقت) فانه اذا استأجر رجلا وحده للخياطة أو الخبز فى بيته غير مقيد بيوم أو يومين كان أجيرا مشتركا وان لم يعمل لغيره (أو مؤقتا بلا تخصيص) يعنى اذا استأجر رجلا لرعى غنمه شهرا بدرهم فهو أجير مشترك الا أن يقول ولا ترعى غنم غيرى فحينئذ يصير أجيرا واحدا وسيأتى تحقيقه (وانما يستحق) أى لا يستحق الاجير المشترك (الاجر) الا (بعمله كالصباغ ونحوه) لان الاجارة عقد معاوضة فتقتضى المساواة بين العوضين فما لم يسلم المعقود عليه للمستأجر وهو العمل لا يسلم للاجير العوض وهو الاجر (ولا يضمن ما هلك فى يده) سواء هلك بسبب يمكن التحرز عنه كالسرقة أو بما لا يمكن كالحريق الغالب والغارة لان العين أمانة عنده لانه قبضه باذن المالك لمنفعته وهى اقامة العمل فيه له فلا يكون مضمونا عليه كالمودع وأجير الواحد (وان) وصلية (شرط عليه الضمان) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين أما فيما لا يمكن الاحتراز عنه فبالاجماع وأما فيما يمكن فعلى الخلاف فعندهما يجوز لانه يقتضيه العقد عندهما وعنده يفسد لما ذكر (وافتى المتأخرون بالصلح على النصف) لاختلاف الصحابة فيه كذا فى العمادية (بل يضمن ما هلك بعمله كالحرق) أى خرق الثوب الحاصل (من الدق) أى دق القصار (وزلق الحمال) فان التلف الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبت فى المشى وانقطاع حبل يشد به الحمل فان التلف الحاصل به حصل من تركه التوثيق فى شد الحمل (وغرق السفينة من مده الا آدميا غرق) أى لا يضمن آدميا غرق من مد السفينة (او سقط من دابة) وان كان يسوقه أو يقوده لان ضمان الآدمى لا يجب بالعقد بل بالجناية وما يجب بها يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود وهذا ليس بجناية لكونه مأذونا فيه (او هلك من حجامة أو فصد لم يجز المعتاد كذا دابة

(قوله يعنى اذا استأجر رجلا لرعى غنمه شهرا بدرهم فهو أجير مشترك) أقول اذا وقع العقد على هذا الترتيب الذى ذكره كان فاسدا كما قدمناه عن الخانية وهى مسئلة الحماز المتقدمة (قوله وافتى المتأخرون بالصلح على النصف) أقول قال البرجندى وفى الفصول العمادية كان الشيخ الامام ظهير الدين المرغينانى يفتى بقول ابى حنيفة قال صاحب العدة سألت عنه هل يجبر الخصم على الصلح عند من قال به اجاب بأنى كنت افتى بالصلح فى الابتداء فرجعت لهذا وعن صاحب المحيط انه ان كان الاجير مصلحا لا يجب الضمان وان كان بخلافه يجب الضمان كما هو مذهبهما وان كان مستور الحال يؤمر بالصلح اه وفى التبيين وبقولهما يفتى اليوم لتغير احوال الناس وبه يحصل صيانة اموالهم اه وقال العينى وبه يفتى بما قال الافتى بعضهم ويقول الامام آخرون وافتى بالصلح جماعة منا اه وقال قاضيخان والمختار فى الاجير المشترك قول ابى حنيفة اه (قوله بل يضمن ما هلك بعمله كالحرق) اقول وصاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولم يعطه الاجر وان شاء ضمنه معمولا واعطاه الاجر وقد مر نظيره كما فى التبيين (قوله وغرق السفينة من مده) أقول أو ما لجنته لان ذلك من جنايته بيده فيضمن وان كان صاحب الطعام او وكيله فى السفينة لا يضمن الملاح بشئ من ذلك لان صاحب الطعام اذا كان معه فى السفينة كان الطعام فى يد صاحبه فلا يضمن الملاح الا ان يضع فيها شيأ او يفعل فعلا يتعمد الفساد كما فى الخانية (قوله اوسقط من دابة) اقول قيل هذا اذا كان كبيرا يستمسك على الدابة ويركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح انه لا فرق كما فى التبيين

أى لا يضمن أيضا دابة هلكت من فصد ونحوه (لم يجزه) أى لم يجز المعتاد لانه التزمه بالعقد فصار واجبا عليه والواجب لا يجامعه الضمان كما اذا حد القاضى أو عزر ومات المضروب به الا ان يمكن التحرز عنه كدق الثوب ونحوه اذ بقوة الثوب ورقته يعلم ما يحتمله من الدق بالاجتهاد فأمكن تقييده بالسلامة بخلاف الفصد ونحوه فانه يبتنى على قوة الطبع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه ولا ما يحتمله من الجرح فلا يمكن تقييده بالسلامة فسقط اعتباره الا اذا جاوز المعتاد فيضمن الزائد كله اذا لم يهلك واذا هلك يضمن نصف دية النفس لانه هلك بمأذون فيه وغير مأذون فيه فيضمن بحسابه وهو النصف حتى ان الختان لو قطع الحشفة وبرأ المقطوع يجب عليه دية كاملة لان الزائد هو الحشفة وهو عضو كامل فتجب عليه دية كاملة وان مات يجب عليه نصف الدية وهى من الغرائب حيث يجب الاكثر بالبرء والاقل بالهلاك ذكره الزيلعى (فان انكسر دن فى الطريق ضمن الحمال قيمته فى مكان حمله بلا أجر أو مكان كسره بحصة أجره) أما الضمان فلانه تلف بفعله لان الداخل تحت العقد عمل على سليم والمفسد غير داخل واما الخيار فلانه اذا انكسر فى الطريق والحمل شئ واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل بامره فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى أى الجهتين شاء فان مال الى كونه متعديا ضمن قيمته فى الابتداء ولا يجب الأجر اذ تبين انه كان متعديا من الابتداء وان مال الى كونه مأذونا فيه فى الابتداء وانما صار متعديا عند الكسر ضمن قيمته عند الكسر واعطاه أجرته بحسابه (و) ثانى النوعين الاجير (الخاص) ويسمى أجير وحد أيضا (هو من يعمل لواحد عملا مؤقتا بالتخصيص) وفوائد القيود عرفت مما سبق (ويستحق الاجر بتسليم نفسه مدته وان لم يعمل كاجير شخص لخدمته او رعى غنمه) وليس له ان يعمل لغيره لان منافعه صارت مستحقة والاجر مقابل بها فيستحقه ما لم يمنع من العمل مانع كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل اعلم ان الاجير للخدمة او لرعى الغنم انما يكون أجيرا خاصا اذا شرط عليه ان لا يخدم غيره ولا يرعى لغيره او ذكر المدة أولا نحو ان يستأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة بأجر معلوم فانه أجير خاص بأول الكلام أقول سره انه أوقع الكلام على المدة فى أوله فتكون منافعه للمستأجر فى تلك المدة فيمتنع أن يكون لغيره فيها أيضا وقوله بعد ذلك ليرعى الغنم يحتمل ان يكون لايقاع العقد على العمل فيصير اجيرا مشتركا لانه من يقع عقده على العمل وأن يكون لبيان نوع العمل الواجب على الاجير الخاص فى المدة فان الاجارة على المدة لا تصح فى الاجير الخاص ما لم يبين نوع العمل بأن يقول استأجرتك شهرا للخدمة أو للحصاد فلا يتغير حكم الكلام الاول بالاحتمال فيبقى اجير وحد ما لم ينص على خلافه بان يقول على أن ترعى غنم غيرى مع غنمى وهذا ظاهر او أخر المدة بان استأجره ليرعى غنما مسماة له بأجر معلوم شهرا فحينئذ يكون أجيرا مشتركا بأول الكلام لايقاع العقد على العمل فى أوله وقوله شهرا فى آخر الكلام يحتمل أن يكون لايقاع العقد على المدة فيصير أجير وحد ويحتمل أن

(قوله حتى ان الختان لو قطع الحشفة وبرأ المقطوع تجب دية كاملة) أقول وقطع بعضها يجب حكومة عدل كما ذكره الاتقانى (قوله وان انكسر دن) أقول يعنى اذا كان الكسر بصنعه بأن زلق أو عثر أو كسره عمدا وان كان من غير صنعه بأن زحمه الناس فانكسر فلا يضمن عنده وعندهما يضمن قيمته فى موضع الكسر كما فى التبيين (قوله اعلم الى آخر السوادة) من كلام الزيلعى (قوله أو ذكر المدة أولا نحو أن يستأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة بأجر معلوم) أقول اذا أوقع العقد على هذا الترتيب كان فاسدا كما قدمناه وصحته أن يلى ذكر المدة الاجر فتأمل (قوله فلا يتغير حكم الكلام الاول) بالغين المعجمة والراء المهملة

يكون انه قدر العمل الذى وقع العقد عليه فلا يتغير أول كلامه بالاحتمال مالم يصرح بخلافه (ولا يضمن ما هلك فى يده او بعمله) اما الاول فلان العين امانة فى يده بالاجماع اما عنده فظاهر واما عندهما فلان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس لانه يتقبل الاعمال من خلق كثير طمعا فى كثرة الاجر وقد يعجز عن القيام بها فيمكث عنده طويلا فيجب عليه الضمان اذا هلكت بما يمكن التحرز عنه لئلا يتساهل فى حفظها واجير الوحد لا يتقبل الاعمال فأخذ فيه بالقياس واما الثانى فلان المنافع صارت مملوكة للمستأجر فاذا امره بالصرف الى ملكه صح وصار نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعله بنفسه وفرع عليه بقوله (فلا تضمن ظئر صبى ضاع) اى الصبى (فى يدها او سرق ما عليه) اى على الصبى من الحلى لكونها اجير وحد (صح ترديد الاجر بالترديد فى العمل) نحو ان خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين (وزمانه) نحو ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصفه (ومكانه) نحو ان سكنت فى هذه الدار فبدرهم أو هذه فبدرهمين (والعامل) نحو ان تسكن فيه عطارا فبدرهم وان تسكن حدادا فبدرهمين (والمسافة) نحو ان تذهب الى الكوفة فبدرهم وان تذهب الى واسط فبدرهمين (والحمل) نحو ان تحمل عليها شعيرا فبدرهم أو برا فبدرهمين وكذا اذا خيره بين ثلاثة أشياء ولو بين اربعة لم يجز كما فى البيع والجامع دفع الحاجة لكن يجب اشتراط خيار التعيين فى البيع لا الاجارة لان الاجر انما يجب بالعمل واذا وجد يصير المعقود عليه معلوما وفى البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة بحيث لا يرتفع النزاع الا باثبات الخيار له (ويجب أجر ما وجد من الامرين (المردد فيهما) قليلا كان أو كثيرا (لكن اذا كان) أى الترديد (فى الزمان نحو ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصفه (يجب فى الاول) أى يجب اذا وجد العمل فى اليوم الاول من اليومين المردد فيهما ما سمى من الاجر (وفى الثانى) أى يجب اذا وجد العمل فى اليوم الثانى منهما (أجر المثل غير زائد على المسمى) وعندهما الشرطان جائزان وعند زفر فاسدان لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترديد فيه فيجتمع فى كل يوم تسميتان والواجب احداهما وهى مجهولة كما لو قال خطه اليوم بدرهم أو نصف درهم ولهما ان كل واحد مقصود فصار كاختلاف النوعين كالرومية والفارسية وله أن العقد المضاف الى الغد لم يثبت فى الاول فلم يجتمع فى اليوم تسميتان فلم يكن الاجر مجهولا فى اليوم والمضاف الى اليوم يبقى الى الغد فيجتمع فى الغد تسميتان درهم أو نصف درهم فيكون الاجر مجهولا وهى تمنع جواز العقد (بنى المستأجر تنورا او كانونا فى الدار المستأجرة واحترق بعض بيوت الجيران أو الدار لا ضمان عليه مطلقا) أى سواء بنى باذن صاحب الدار أو لا لان هذا انتفاع بظاهر الدار على وجه لا يغير هيئة الباقى الى النقصان (الا ان يصنع ما لا يصنعه الناس) من ترك الاحتياط فى وضعه وايقاد نار لا يوقد مثلها فى التنور والكانون كذا فى العمادية (استأجر حمارا فضل عن الطريق ان علم انه لا يجده بعد الطلب لم يضمن) كذا راع ندشاة من قطيعه

(قوله لكن يجب اشتراط خيار التعيين فى البيع) أقول فى اشتراطه فى البيع روايتان وقد حكاهما المصنف رحمه الله فى باب خيار الشرط وذكرنا الخلاف فى تصحيحهما (قوله لان الاجر انما يجب بالعمل الخ) أقول هذا وجه الفرق بين الاجارة والبيع على احدى الروايتين فيه حكاه الزيلعى (قوله وفى الثانى أجر المثل غير زائد على المسمى) أقول المراد بالمسمى مسمى اليوم الثانى وهو نصف درهم لا يزاد عليه فى الصحيح وفى الجامع الصغير لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم اه كما فى التبيين وما فى الجامع الصغير هو ظاهر الرواية كما فى نسخة من البرهان (قوله استأجر حمارا فضل عن الطريق الخ) أقول هذا ان لم يكن تخلف عنه أما لو تخلف عنه وتركه على باب بيت ودخله حتى توارى عنه أو تخلف عنه فى الطريق لحاجة كبول او غائط حتى غاب عن بصره او ضل فى الطريق وعلم به فلم يطلبه مع عدم يأسه او اوقفه وصلى الفرض فذهب او انتهب وهو ينظر اليه ولم يقطع اى الفرض ضمن لانه ترك الحفظ مع القدرة عليه لان خوف ذهاب المال يبيح قطع الصلاة وان كان درهما وان لم يغب عنه او كان فى موضع لا يعد فيه هذا الذهاب تضييعا له بأن كان فى سكة غير نافذة او فى بعض القرى الامينة لم يضمن كما فى البرهان

فخاف على الباقي ان تبعها) كذا في الخانية (لا يسافر بعبد) مؤجر (للخدمة بلا
شرطه) لان في خدمة السفر زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق (لا يسترد مستأجر
اجر عمل عبد محجور) يعني اذا استأجر عبدا محجورا شهرا واعطاه الاجر فليس
للمستأجر ان يأخذ منه الاجر لان هذه الاجارة بعد الفراغ صحيحة استحسانا لان
فسادها لرعاية حق المولى وبعد الفراغ رعاية حقه في الصحة ووجوب الاجر له (ولا
يضمن آكل غلة عبد غصبه فأجره هو) اي العبد (نفسه) يعني رجل غصب عبدا
وآجر العبد نفسه وسلم عن العمل صحت الاجارة لكونه نفعا في حق المولى فان اخذ
العبد الاجر واخذ الغاصب الاجر منه فأكله لا يضمن عند ابي حنيفة وقالا يضمن
لانه اتلف مال الغير بلا تأويل لان الاجر مال المولى وله انه اتلف مالا غير متقوم في
حق المتلف فلا يضمن كنصاب السرقة بعد القطع (كما اذا آجره الغاصب) فانه اذا
آجر عبدا غصبه واخذ الاجرة واتلفه لا يضمن لان الاجر له (وصح للعبد قبضها)
اي الاجرة الحاصلة من ايجار نفسه اتفاقا لانه نفع محض مأذون فيه كقبول الهبة
وفائدته تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه
(وأخذها مولاه قائمة) لانه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان
الملك كما في نصاب السرقة بعد القطع فانه غير متقوم وملك للمالك (استأجر عبدا
شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة صح على الترتيب) المذكور لان الشهر المذكور
اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة
(حكم الحال ان اختلفا في اباق العبد او مرضه وجري ماء الرحى) يعني استأجر عبدا
شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء آخر الشهر والعبد مريض او آبق واختلفا
فقال المستأجر مرض هو او ابق من اول المدة وقال المؤجر في آخرها حكم الحال فان
كان العبد آبقا او مريضا في الحال يحكم بانه كذلك من اول المدة فلا يجب الاجر
وان لم يكن آبقا او مريضا يحكم بانه كذلك من اول المدة فيجب الاجر وكذا
الاختلاف في جري ماء الرحى (القول لرب الثوب في القميص والقباء والصفرة
والحمرة) يعني اذا قال رب الثوب للخياط امرتك ان تخيط ثوبي قباء فخطته قميصا
او للصباغ امرتك ان تصبغ ثوبي احمر فصبغته اصفر وقال الخياط والصباغ
ما امرتني هو الذي فعلته فالقول في الصورتين لرب الثوب مع اليمين لان الاذن
يستفاد من قبله فكان القول قوله فيما اذن فيه فاذا لم يكن لهما بينة فحلف رب
الثوب في الصورة الاولى خير ان شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول ولا اجر له وان
شاء اخذه واعطاه اجر مثله ولا يجاوز به المسمى لانه امتثل امره في اصل ما امره
وهو القطع والخياطة لكن خالفه في الصفة فيختار ايهما شاء وفي الثانية خير ان شاء
ضمنه قيمة ثوب ابيض وان شاء اخذ ثوبه واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى ايضا
(و) القول لرب الثوب (في الاجر وعدمه) اي صدق رب الثوب مع يمينه في قوله
عملت لي مجانا والصانع قال بل باجر لانه ينكر العقد ووجوب الاجر وتقوم عمله

﴿باب فسخ الاجارة﴾

اقول يعني خاف الضياع فهو عذر
عند ابي حنيفة لانها ضاعت بغير فعله
وهما ضمناه لتركه اتباعه بحسب وسعه
كما في البرهان (قوله لا يسترد اجر
عبد محجور) اقول وكذا لا يسترد اجر
الصبي المحجور استحسانا فيهما كما في
البرهان (قوله فأجره هو اي العبد نفسه)
اي من غير الغاصب فالهاء من فأجره
زائدة في نسخة (قوله والعبد مريض او
آبق) اقول لو حذف هذا لكان اولى ليعمه
قوله بعده فان كان آبقا او مريضا لا يجب
الاجر وان لم يكن يجب والا فكيف يحكم
بمرضه واباقه ثم يردد بينه وبين عدمه
(قوله وقال المؤجر في آخرها) اقول
وكذا الحكم لو انكر بالمرة (قوله حكم
الحال) اقول فيكون القول قول من يشهد
له الحال مع يمينه فيصلح الظاهر مرجحا
وان لم يصلح حجة وهذا ظاهر في جانب
المستأجر لانه ليس فيه الا دفع الاستحقاق
عليه وان شهد للمؤجر ففيه اشكال من
حيث استحقاقه الاجرة بالظاهر وهذه
لا تصلح للاستحقاق وجوابه انه يستحقه
بالسبب السابق وهو العقد وانما الظاهر
يشهد على بقائه الى ذلك الوقت وعلى
هذا ادعاء الولادة قبل العتق والثمر قبل
البيع القول لمن الولد والثمر في يده
تحكيما للحال كما في التبيين (قوله
والقول لرب الثوب في الاجر وعدمه)
اقول هذا عند ابي حنيفة ويجعل ابو
يوسف القول للصانع ان كان حريفا له اي
خليطا بينه وبين المستأجر اخذ واعطاء
في حرفته وحكم محمد بالاجر ان كان معروفا
بعمل تلك الصنعة بالاجرة وبه يفتى
لشهادة الظاهر لدعواه كما في البرهان وفي
الصغرى ايضا الفتوى على قول محمد
وكذا في التبيين

﴿باب فسخ الاجارة﴾

(تفسخ) أى للمستأجر ولاية الفسخ لا انها تنفسخ لاحتمال الانتفاع بوجه آخر ولهذا لم يقل تنفسخ (بخيار الشرط) بان استأجر دارا سنة على انه أو المؤجر بالخيار فيها ثلاثة أيام وانما تفسخ به لانها عقد معاوضة ولا يجب قبضه فى المجلس ويحتمل الفسخ بالاقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع (و) بخيار (الرؤية) لانه صلى الله عليه وسلم قال من اشترى شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه والاجارة شراء المنافع فيتناوله ظاهر الحديث لفظا أو دلالة (و) بخيار (عيب) حاصل (قبل العقد أو بعده) أما جواز الرد بعيب حاصل قبل العقد فظاهر وأما جوازه بعيب بعد العقد فلان المعقود عليه هو المنافع وانما توجد شيأ فشيأ وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حاصلا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما فى البيع وعلى هذا لا فرق بين أن يكون العيب حادثا بعد قبض المستأجر أو قبله لان الذى حدث بعد قبض المستأجر كانه قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع كذا فى شروح الهداية (يفوت النفع) صفة عيب (كخراب الدار وانقطاع ماء الرحى و) ماء (الارض) فان كلا منها يفوت النفع فيثبت خيار الفسخ (أو يخل) عطف على يفوت (به) أى بالنفع يعنى أن العيب لا يفوت النفع بالكلية بل يخل به بحيث يجوز أن ينتفع به فى الجملة (كمرض العبد ودبر الدابة) فان الاجارة تفسخ به أيضا (فلو لم يخل) أى العيب (به) أى بالنفع (أو انتفع) أى المستأجر (بالمخل) بالنفع واستوفى المنفعة وقد رضى بالعيب (أو ازاله) أى الاخلال (المؤجر سقط خياره) لزوال سببه ولذا قالوا ان العيب اذا لم يخل بالنفع المقصود لم يكن مجوزا للفسخ اذا كان كما فى الدار حائط للعمال ولا ينتفع به فى سكناها وسقط ذلك الحائط ليس له ولاية الفسخ لان المعقود عليه المنفعة فاذا لم يتمكن الخلل فيها لم يثبت الخيار (وبعذر) عطف على بخيار الشرط (ولزوم ضرر لم يستحق بالعقد ان بقى) أى العقد (كما فى سكون وجع ضرس استؤجر) حداد (لقلعه) فان العقد ان بقى لزم قلع سن صحيح وهو غير مستحق بالعقد (وموت عرس أو اختلاعها استؤجر) أى طباخ (لطبخ وليمتها) فان العقد ان بقى تضرر المستأجر باتلاف ماله فى غير الوليمة (ولزوم دين) عطف على لزوم ضرر (لا يقضى الا بثمن المؤجر) فانه اذا أجر دكانا أو دارا ثم أفلس ولزمه ديون لا يقدر على أدائها الا بثمن ما أجر وأراد فسخها يفسخ والا لزمه ضرر الحبس (وسفر) عطف على لزوم (مستأجر عبد للخدمة فى المصر أو مطلقا) أى غير مقيد بكونها فى المصر وان كان محمولا على الخدمة فى المصر فان منع مالكه عن السفر فللمستأجر الفسخ لوجود العذر وان أراد المستأجر سفره فلمالكه الفسخ لوجود العذر وان رضى المالك بسفره فليس للمستأجر الفسخ لانتفاء العذر (وافلاس مستأجر دكان ليتجر) فان الاجارة ان بقيت لزم أداء أجر الدكان وهو ممتنع بالافلاس (و) افلاس (خياط يعمل بماله استأجر عبدا ليخيط فترك عمله) قيد

(قوله تفسخ الخ) هذا على الاصح وقال بعضهم تنفسخ بهذه الاشياء اى العيب وخراب الدار ونحوه كما فى التبيين (قوله لا انها تنفسخ) لا يتوهم فى خيار الشرط فلا وجه لذكره هنا (قوله لاحتمال الانتفاع بوجه آخر) علة لقوله تفسخ بخيار الشرط وليس له مساس بهذا المقام لانه فى وجود عيب وايضا لا يتاتى فى جانب المؤجر وخيار الشرط يعمهما لانه للتروى فتروى (قوله لاحتمال الانتفاع بوجه آخر) اقول أو بما استأجر لاجله مع الخلل كما سيأتى (قوله فان الاجارة تنفسخ به ايضا) كذا فى نسخة وعلى الاصح كما اختاره انها تفسخ به (قوله فلو لم يخل به او انتفع او ازاله سقط خياره) اقول سقوط الخيار واضح فيما اذا انتفع او ازيل الخلل اما فيما اذا لم يخل فليس له خيار اصلا فلا يقال سقط خياره اذ السقوط فرع عن الثبوت فكان ينبغى ان يقول بدله ليس له خيار والسالبة صادقة بنفى الموضوع (قوله وبعذر عطف على بخيار الشرط) اقول يعنى انها تفسخ بالعذر فيثبت به حق الفسخ وفى كيفيته اختلاف اشار فى الجامع الصغير الى انه لا يحتاج فيه الى القضاء بمنزلة عيب المبيع فينفرد العاقد بالفسخ وفى الزيادات ان الامر يرفع الى الحاكم ليفسخ كالرجوع فى الهبة قال شمس الائمة السرخسى هذا هو الاصح ومنهم من وفق فقال هذا اذا كان العذر ظاهرا انفسخ والا فيفسخه الحاكم وقال قاضيخان والمحبوبى هو الاصح كما فى التبيين (قوله كما فى سكون وجع ضرس وموت عرس او اختلاعها) اقول ليس ذلك كله شرطا لان الانسان لا يجبر على اتلاف ماله ولا جسده لانه قد يتلف لهاته بالقلع كما قالوا فى القصاص يبرد سن الجانى تحاشيا عن اتلاف لهاته بنزعه ولا يجبر على اطعام ماله لمن لا يشكره او يجر له ضررا كما هو مشاهد هذا ما ظهر لى ثم رايته فى البدائع الا مسئلة الخلع لكنه يفيد ذلك (قوله ولزوم دين لا يقضى الا بثمن ما آجر واراد فسخها يفسخ) قال الزيلعى اختلفوا فى كيفية فسخه فقال بعضهم يبيع الدار ولا ينفذ بيعه وتنفسخ الاجارة ضمنا لبيعه وقال بعضهم تفسخ الاجارة ولا ثم يبيع اه

بقوله يعمل بماله لان من ليس له مال و يعمل بالاجر فرأس ماله ابرة ومقراض فلا يتحقق العذر في حقه (وبداء مكترى الدابة من سفره) فانه عذر لانه لو مضى على موجب العقد لزمه ضرر زائد لاحتمال كون قصده سفر الحج فذهب وقته او طلب غريم له فحضر او التجارة فافتقر (بخلاف) متعلق بقوله وخياط يعمل بماله استأجر عبدا (ترك مستأجره) اى مستأجر عبد (له) اى لخياط (ليعمل) متعلق بالترك (في الصرف) فانه لا يكون عذرا اذ يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية ويعمل للصرف في ناحية (وبداء المكارى) متعلق بقوله وبداء المكترى فانه ليس بعذر ايضا اذ يمكنه ان يقعد و يبعث دوابه على يد تلميذه او اجيره (و بيع ما آجره) متعلق بقوله ولزوم دين فانه ايضا ليس بعذر بدون لحوق دين كما مر (وتنفسخ) الاجارة بلا حاجة الى الفسخ (بموت احدهما) اى احد العاقدين (لو عقدها لنفسه) لانها لو بقيت تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانتقالها الى الوارث وهو لا يجوز (ولو) عقدها (لغيره لا) اى لا تنفسخ (كالوكيل والوصى والمتولى) لبقاء المستحق عليه والمستحق حتى لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا (و) تنفسخ (بموت احد المستأجرين او المؤجرين في حصته فقط) وبقيت في حصة الحى وقال زفر تبطل فيهما لان الشيوع مانع قلنا الشروط يراعى وجودها في الابتداء لا البقاء كالشهادة في النكاح

(مسائل شتى)

(احرق حصائد ارض) وهى جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد بها ههنا ما يبقى من اصول القصب المحصود في الارض (استأجرها او استعارها فاحترق ما في ارض غيره لم يضمن) لان هذا تسبب وليس بمباشرة فلا يكون متعديا كحافر البئر في ملكه (ان لم تضطرب الرياح) قال الامام شمس الائمة عدم الضمان اذا كانت الرياح ساكنة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة فيضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه فيكون مباشرا (وضع جمرة في الطريق فاحرقت شيئا ضمن) لانه متعد بالوضع ولو رفعها الريح الى شئ فاحرقته لا يضمن لان الريح نسخت فعله كذا في النهاية (سقى ارضه سقيا لا تحمله) اى لا تحمل تلك الارض ذلك السقى (فتعدى) اى الماء (الى جاره ضمن) لانه مباشر لا متسبب (اقعد خياطا او نحوه في دكانه من يطرح عليه العمل بالنصف جاز) فان صاحب الدكان قد يكون ذا جاه وحرمة ولكن لا يكون حاذقا في العمل فيقعد حاذقا يطرح عليه العمل وكان القياس ان لا يجوز لانه استأجره بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول كقفيز الطحان لكنه جاز استحسانا لانه شركة الوجوه في الحقيقة فان هذا بوجاهته يقبل وذاك بحذاقته يعمل فتنتظم المصلحة ولا يضره الجهالة فيما يحصل (كاستئجار رجل

(قوله والمراد به ههنا ما يبقى من اصول القصب المحصود في الارض) اقول وكذا لو احرق الشوك فيها لم يضمن (قوله استأجرها اواستعارها الخ) اقول ولعله لم يذكر المملوكة لانه اذا لم يضمن فيما ذكر فالمملوكة أولى بعدم الضمان (قوله قال الامام شمس الائمة عدم الضمان اذا كانت الرياح ساكنة ثم تغيرت أما اذا كانت مضطربة فيضمن) أقول نقله الزيلعى عن شمس الائمة بصيغة ينبغى فانه قال وأما اذا كانت الرياح مضطربة ينبغى أن يضمن اهـ وفى جامع الفصولين رجل أحرق شوكا او شيأ في أرضه فذهبت الريح بالشرارات الى أرض جاره وأحرقت زرعه ان كان بعيدا من أرض الجار على وجه لا يصل اليه شرر النار في العادة فلا ضمان عليه لانه حصل بفعل النار وانه جبار ولو كان بقرب من أرضه على وجه يصل شرر النار غالبا فانه يضمن لان له الايقاد في ملك نفسه لكن بشرط السلامة اهـ (قوله سقى أرضه سقيا لا تحتمله الخ) أقول يعنى لا تحتمل بقاءه بان كانت صعودا وأرض جاره هبوطا يعلم انه لو سقى أرضه نفذ الى جاره ضمن ولو كان يستقر في أرضه ثم يتعدى الى ارض جاره فلو تقدم اليه جاره بالسكر والاحكام ولم يفعل ضمن ويكون هذا كاشهاد على حائط ولو لم يتقدم لم يضمن كما في جامع الفصولين (قوله لانه شركة الوجوه في الحقيقة) أقول لاح لى ان فيه نظرا ثم رأيت الزيلعى قال ان هذه شركة الصنائع ثم قال وقول صاحب الهداية هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا بوجوههما وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور ان تكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنائع على ما بينا اهـ

ليعمل

ليحمل عليه محملا وراكبين وحمل محملا معتادا) فانه جائز استحسانا وفي القياس
لا يجوز وهو قول الشافعي لان المحمل متفاوت مجهول فيفضي الى النزاع وجه
الاستحسان ان الجهالة تزول بالصرف الى المعتاد (وارؤيته اجود) اي اراءة المحمل
الجمال احسن لان المشاهدة انفى للجهالة (استأجره) اي جملا (لحمل قدر زاد
فأكل منه رد عوضه) لانه استحق عليه حملا مقدرا في جميع الطريق فله ان
يستوفيه (قال الغاصب داره فرغها والا فاجرتها كل شهر بكذا فلم يفرغ وجب
المسمى) لانه اذا عين الاجرة والغاصب رضي بها ظاهرا انعقد بينهما عقد اجارة (الا
اذا انكر الغاصب ملكه) فانه اذا انكره لم يكن راضيا بالاجارة (وان) وصلية
(أثبته) اي اثبت صاحب الدار كونها ملكا له (او اقر) اي الغاصب (به) اي بملكه
(ولم يرض بالاجر) اي صرح بعدم رضاه به فحينئذ لا يفيد رضاه ظاهرا (للمستأجر)
اي جاز له (ان يؤجر الاجير من غير مؤجره) ولا يجوز ان يؤجره لمؤجره لان الاجارة
تمليك المنفعة والمستأجر في حق المنفعة قائم مقام المؤجر فيلزم تمليك المالك (ويعير
ويودع فيما لا يختلف الناس في الانتفاع به) لانه لما ملك منافعه جاز له ان يملكها
لكن لا فيما يختلف الناس في الانتفاع بها والا كان متعديا (فاذا استأجر دابة
ليركب لا يؤجر غيره ولا يعيره) لانه مما يختلف الناس في الانتفاع به (وكله
لاستئجار دار ففعل وقبض ولم يسلمها اليه حتى مضت المدة رجع الوكيل بالاجر على
الآمر كذا ان شرط تعجيل الاجر وقبض ومضت المدة ولم يطلب الآمر وان طلب
وابى ليعجل) اي الاجر (لا) اي لا يرجع على الآمر يعني لو وكل رجلا ليستأجر له دارا
معينة فاستأجر وقبضها ومنعها من الآمر او لا حتى مضت المدة فالاجر على الوكيل
لانه اصيل في الحقوق ويرجع الوكيل بالاجر على الآمر فانه في القبض نائب عن
الموكل في حق ملك المنفعة فصار قابضا له حكما فان شرط الوكيل تعجيل الاجر
وقبض الدار ومضت المدة ولم يطالبها الآمر منه رجع الوكيل بالاجر عليه لان الآمر
صار قابضا بقبضه ما لم يظهر المنع ولو طالبها فابى حتى يعجل لا يرجع به على الآمر لانه
لما حبس الدار من الآمر وله حق الحبس خرجت يد الوكيل من ان تكون يد
نيابة فلم يصر الموكل قابضا حكما ولم تصر المنافع حادثة في يد الموكل حكما فلم يجب
الاجر على الموكل كذا في الكافي (للقاضي الاجرة على كتب المكاتيب قدر
ما يجوز لغيره) لان كتبها ليس من افعال القضاء ليحرم (المستأجر لا يكون خصما
لمدعي الاجارة والرهن والشراء) لان الدعوى لا تكون الا على مالك العين (بخلاف
المشتري) لانه مالك العين كذا في العمادية

كتاب العارية

لما فرغ من كتاب تمليك النفع بعوض شرع في كتاب تمليك النفع بلا عوض في
الصحاح هي بالتشديد كأنها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب وفي الهداية هي
من العرية وهي العطية وفي الكافي هي من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل
للغير نوبة في الانتفاع بملكه الى ان تعود اليه (هي) لغة تمليك ما ذكر وشرعا
(تمليك نفع بلا عوض) وبهذا تخرج الاجارة (وتصح باعرتك) لانه صريح فيها

(قوله وحمل محملا معتادا) اقول
ليس هو من شرط الجواز بل هو تصريح
بما يجوز له في هذا العقد فانه اذا
حمل غير معتاد لا يقال بعدم صحة
الاستئجار به بل ينبغي ان يكون كما تقدم
فيما لو استأجرها لقدر معلوم فزاد عليه
ان طاقت الكل ثم هلكت ضمن الزيادة
وان لم تطق ضمن كل قيمتها (قوله ويعير
ويودع فيما لا يختلف الناس في الانتفاع
به) اقول هذا مستغنى عنه بما قدمه في
اوائل كتاب الاجارة بقوله وفيما لا يختلف
به اي بالمستعمل بطل التقييد لانه غير
مفيد ثم قوله ويودع لم يظهر لي سر تقييده
بما لا يختلف اذ الايداع ليس الا الاستحفاظ
ولعل الصواب ويؤجر لقوله بعده فاذا
استأجر دابة ليركب لا يؤجر غيره ولا
يعيره واقول هو ايضا مستغنى عنه بما
تقدم من قوله في الاجارة وان خصص
براكب او لابس فخالف ضمن كذا كل
ما يختلف بالمستعمل

كتاب العارية

(قوله كأنها منسوبة الى العار لان طلبها
عار وعيب) قال في المغرب انها منسوبة
الى العارة اسم من الاعارة واخذها من
العار عيب وفي النهاية ان ما في المغرب
هو المعول عليه لانه صلى الله عليه وسلم
باشر الاستعارة فلو كان العار في طلبها لما
باشرها اه كما في البحر (قوله هي تمليك
نفع) اقول وقال الكرخي والشافعي هي
اباحته وتوجيه كل ذكره الزيلعي

(واطعمتك أرضي) لان الاطعام اذا اضيف الى مالا يطعم كالارض يراد به أكل غلتها اطلاقا لاسم المحل على الحال (ومنحتك ثوبي هذا) أوجاريتي هذه اذا لم يرد به الهبة فان المنح لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته يحمل على تمليك المنافع واصله أن يعطى ناقة أوشاة ليشرب لبنها ثم ترد وكثر استعماله فى تمليك العين فاذا أريد به الهبة افاده ملك العين والا بقى على اصل وضعه (وحملتك على دابتي هذه) اذا لم يرد به الهبة فان هذا اللفظ يستعمل عرفا فى الهبة لما سبق من قولهم حمل الامير فلانا على الفرس ويراد به التمليك ومعناه لغة هو الاركاب وهو مستعمل فيه ايضا فاذا نوى أحدهما صحت وان لم تكن له نية حمل على الادنى لئلا يلزم الاعلى بالشك أقول بهذا التقرير يندفع ما اعترض صاحب الكافى على الهداية بوجهين أحدهما انه جعل فى كتاب العارية هذين اللفظين يعنى منحتك وحملتك حقيقة لتمليك العين ومجازا لتمليك المنفعة ثم ذكر فى كتاب الهبة فى بيان ألفاظها وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة وعلل بان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة وثانيهما أنهما اذا كانا لتمليك العين حقيقة والحقيقة تراد باللفظ بلا نية فعند عدم ارادة الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة أما اندفاع الاول فلانه أراد بجعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين فى العارية جعلهما حقيقة له عرفا فيكونان مجازين لتمليك المنفعة عرفا ضرورة وأراد بجعله الحمل حقيقة للاركاب جعله حقيقة له لغة فيكون لتمليك العين مجازا لغة ضرورة فلا منافاة وأما اندفاع الثانى فلان الحقيقة انما تراد باللفظ بلا قرينة اذا لم يعارضها مجاز مستعمل فان النية اذا انتفت كان المعنى العرفى واللغوى المستعمل مستويين فى الارادة فيجب حمل اللفظ على الادنى لئلا يلزم الاعلى بالشك (وأخدمتك عبدى) فانه أذن له فى الاستخدام فيكون عارية (ودارى لك سكنى ودارى لك عمرى سكنى) فان لفظ سكنى محكم فى ارادة النفع فتصرف اللام فى قوله لك عن افادة الملك (ويرجع المعير متى شاء) لان المنافع تملك شيأ فشيأ بحسب حدوثها فما لم توجد لم تملك فصح الرجوع (ولا تضمن اذا هلكت) بلا تعد لانها امانة (ولا تؤجر) اى العارية (ولا ترهن) لان الاعارة دون الاجارة والرهن والشئ لا يتضمن ما فوقه (فان آجر أو رهن المستعير فهلكت) العارية (ضمنه المعير) أى ضمن المعير المستعير لانها اذا لم تتناولهما كان كل منهما غصبا (ولا يرجع) أى المستعير (على أحد) ان ظهر بالضمان انه آجر أو رهن ملك نفسه (أو ضمن المستأجر ويرجع) أى المستأجر (على المؤجر) دفعا للضرر المغرور عنه (ان لم يعلم انه عارية معه) وان علم فلا يرجع لانه لم يغره فصار كالمستأجر من الغاصب عالما بالغصب (وتعار) أى العارية (مطلقا) أى سواء اختلف استعماله أولا (وان لم يعين منتفعا) لانها لما كانت لتمليك المنافع جاز أن يعير لان المالك يملك التمليك كالمستأجر يملك ان يؤجر والموصى له بالخدمة يملك ان يعير (و) يعار (مالا يختلف استعماله ان عينه) أى منتفعا

(قوله اطلاقا لاسم المحل على الحال) فيه تأمل ولعله من اطلاق السبب وارادة المسبب (قوله أقول بهذا التقرير يندفع ما اعترض صاحب الكافى الخ) أقول يخالف هذا الدفع ماذكره فى الايمان بقوله يراد بهذا البر فعنه عند أبى حنيفة الترجيح المعنى الحقيقى فليتأمل (قوله ولا يضمن اذا هلكت بلا تعد) هذا اذا كانت العارية مطلقة فان كانت مقيدة فى الوقت مطلقة فى غيره نحو ان يعيره يوما فلو لم يردها بعد مضى الوقت ضمن اذا هلكت كما فى شرح المجمع وهو المختار كما فى العمادية اه سواء استعملها بعد الوقت أولا وذكر صاحب المحيط وشيخ الاسلام انما يضمن اذا انتفع بعد مضى الوقت لانه حينئذ يصير غاصبا أما اذا لم ينتفع به فى اليوم الثانى فلا يضمن كالمودع اذا أمسك بعد انقضاء المدة ومنهم من قال يضمن على كل حال لان المستعير يمسك مال الغير بعد المدة لنفسه بخلاف المودع كما فى شرح المجمع وبالتضمين مطلقا أخذ شمس الائمة السرخسى كما فى الخانية وفى جامع الفصولين ولو هلكت بعد مضى مدة الاعارة ضمن فى قولهم اذا أمسكها بعد المضى بلا اذن فصار غاصبا انتهى قلت لكن يرد على اطلاق الفصولين التضمين فى قولهم ماذكره صاحب المحيط وشيخ الاسلام كما قدمناه (قوله فلا تؤجر ولا ترهن) أقول وسكت عن ايداعها واختلفوا فيه وأكثرهم على أنه يجوز وعليه الفتوى كما فى التبيين (قوله لو ضمن المستأجر الخ) أقول وسكت عما لو ضمن المرتهن فينظر حكمه (قوله ويعار مالا يختلف استعماله ان عينه) أى منتفعا أقول هذا التقييد ليس باحترازى لقول الزيلعى وان كان لا يختلف بعنى النفع كالسكنى والحمل جاز أن يفعل بنفسه وبغيره فى أى وقت شاء لان التقييد بالانتفاع فيما لا يختلف لا يفيد اه الا أن يقال ان الوصل وان كان الاكثر استعمالها مقرونة بالواو وذكرت هنا على حد قوله تعالى فذكر ان نفعت الذكرى منتفعا

منتفعا وفرع على قوله وتعار مطلقا بقوله (فمن استعار دابة مطلقا يحمل) عليها ماشاء (ويعيرله) اى للحمل (ويركب) بنفسه (ويركب) غيره (واياً فعل تعين وضمن بغيره) حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره اذا تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركب بنفسه حتى لو فعله ضمن (وان اطلق) اى المعير (الانتفاع فى الوقت والنوع انتفع ماشاء اى وقت شاء) لانه يتصرف فى ملك الغير فيملك التصرف على الوجه الذى اذن له فيه (وان قيد ضمن) اى المستعير (بالخلاف الى شر فقط) التقييد اما فى الوقت لا النوع او بالعكس او فيهما فان عمل على وفاق القيد فظاهر وان خالف الى شر ضمن والى مثل او خير لا (عارية الثمنين والمكيل والموزون والمعد ود المتقارب قرض) لان الاعارة تمليك المنفعة ولا ينتفع بهذه الامور الا باستهلاك عينها ولا يملك استهلاكها الا اذا ملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما ضررا لكونه موجبا لرد المثل هذا (اذا لم يعين الجهة) اما اذا عينها كاستعارة الدراهم ليعير بها الميزان او يزين بها الدكان ونحو ذلك من الانتفاعات فتصير عارية امانة ليس له الانتفاع بها لا كها فكان نظير عارية الحلى والسيف المحلى وفرع على كونها قرضا بقوله (فتضمن بهلاكها قبل الانتفاع) كما هو حكم القرض (صح الاعارة) اي اعارة الارض (للبناء والغرس) لان منفعتهما معلومة تملك بالاجارة فتملك بالاعارة (وله) اى للمعير (أن يرجع) لان الاعارة ليست بلازمة (ويكلف قلعهما) اى البناء والغرس لانه شاغل ارضه بملكه فيؤمر بالتفريغ الا اذا شاء ان يأخذهما بقيمتهما اذا استضرت الارض بالقلع فحينئذ يضمن له قيمتهما مقلوعين ويكونان له كى لا تتلف ارضه عليه ويستبد ذلك به لانه صاحب اصل واذا لم تستضر به لا يجوز الترك الا باتفاقهما ولا يشترط الاتفاق فى القلع بل ايهما طلبه أجيب (وضمن رب الارض ما نقص) البناء والغرس بالقلع (ان وقت) العارية لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه (وكره) اى الرجوع (قبله) اى قبل وقت عين لان فيه خلف الوعد (ولو اعار) اى ارضه (للزرع لا تؤخذ) اى الارض (حتى يحصد) اى الزرع اى حان له ان يحصد (مطلقا) اى سواء وقت اولا لان له نهاية معلومة وفى الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس اذ ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك (واذا كتب يكتب قد اطعمتنى ارضك لا اعرتنى) يعنى اذا اعار ارضا بيضاء ليزرعها يكتب المستعير انك اطعمتنى ارض كذا لازرعها عند ابى حنيفة وقالا يكتب انك اعرتنى لان الاعارة هى الموضوعة لهذا العقد والكتابة بالموضوع اولى وله ان لفظ الاطعام ادل على المراد من الاعارة لانه يختص بالزراعة واعارة الارض تارة تكون للزراعة وتارة للبناء ونصب الفسطاط فكانت الكتابة بلفظ الاطعام اولى ليعلم ان غرضه الزراعة (صح التوكيل برد العارية والمغصوب) لانه التزم فعلا واجبا (ولو توكل به) اى بالرد

(قوله فمن استعار دابة مطلقا) اقول يعنى فى النفع والزمان وهذا نقله الزيلعى عن الكافى ثم قال بعده يعنى صاحب الكافى كالاجارة فعلى هذا ينبغى ان يحمل هذا الاطلاق الذى ذكره هنا مما يختلف بالمستعمل كاللبس والركوب والزراعة على ما اذا قال على ان اركب عليها من اشاء او البس الثوب من اشاء كما حمل الاطلاق الذى ذكره فى الاجارة على هذا اه (قوله ضمن رب الارض ما نقص البناء والغرس بالقلع) اقول معنى قوله ضمن ما نقص ان يقوم قائما غير مقلوع لان القلع غير مستحق عليه قبل الوقت كما فى التبيين وفى البرهان فاذا كانت قيمتها وقت مضى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا وحين قلعهما ثمانية يرجع بدينارين كذا ذكره القدورى انتهى ثم لو ارادتملكهما فيما اذا وقت يملكهما بقيمتهما قائمين غير مقلوعين يعنى بكم يشتريان بشرط قيامهما الى المدة المضروبة لان القلع غير مستحق عليه قبل الوقت كذا ذكره الحاكم الشهيد الا ان يرفعهما المستعير ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لانه ملكه وانما اوجبنا الضمان على المعير لدفع الضرر عنه فاذا رضى كان هو احق بملكه وقيل يتخير المعير ان نقصت الارض بالقلع نقصا عظيما اه كذا فى البرهان وفى الخانية جزم بالتملك اذا استضرت (قوله وفى الترك مراعاة الحقين) اقول ليس فى عبارته الا مراعاة حق المستعير وفى العبارة سقط هو ويترك باجر المثل لان فى الترك الخ كما هو مسطور فى كتب المذهب ونص فى البرهان على ان الترك باجر استحسان ثم قال عن المبسوط ولم يبين فى الكتاب ان الارض تترك فى يد المستعير الى وقت ادراك الزرع باجر او بغير اجر قالوا وينبغى ان تترك باجر المثل كما لو انتهت مدة الاجارة والزرع بقل بعد اه

(لايجبر) الوكيل على النقل الى منزله بل يدفعه اليه حيث يجده لان الوكيل لم يضمن شيئا بل وعد أن يتبرع على الآمر بخلاف الكفيل لانه ضمن (كالوكيل بقضاء الدين) فانه اذا امتنع عنه لا يجبر عليه (رد المستعير الدابة) مبتدأ خبره قوله الآتي تسليم (ولو) وصلية (مع عبده) أي عبد المستعير (أو أجيره مسانهة أو مشاهرة) لا مياومة (الى) متعلق بالرد (اصطبل مالكها) لا نفس مالكها (أو العبد) عطف على الدابة (الى دار مالكه) لا نفسه (تسليم) حتى اذا هلكا لم يضمن استحسانا والقياس ان يضمن لانه لم يرد العارية على مالكها ولا على وكيل مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه أتى بالتسليم المتعارف لان رد العارية الى المربط أو الى دار المالك وهما في يد المالك حكما فكأنه ردهما الى يد المالك (كردهما مع عبد المعير مطلقا) أي سواء كان يقوم على دابته أولا هو الصحيح (أو أجيره كما مر) أي مشاهرة أو مسانهة لان المالك راض به عادة (لو كان) المستعار (غير نفيس) يعني ان جواز رد المستعار الى يد غلام صاحبه أو وضعه في داره أو اصطبله انما يكون في الاشياء التي تكون في يد الغلام عادة وكذا غيره وأما اذا لم يكن كذلك كعقد اللؤلؤ ونحوه اذا رده المستعير الى غلام صاحبه أو وضعه في داره أو اصطبله يضمن لان العادة لم تجر به ولهذا لو دفعه المودع الى غلامه يضمن (بخلاف الاجنبي) أي بخلاف ما اذا ردها مع الاجنبي فانه يضمن (و) بخلاف (رد الوديعة والمغصوب الى دار المالك) فانه اذا ردهما اليها ولم يسلمهما اليه ضمن أما الوديعة فلان المالك لم يرض بحفظ غيره والا لما أودعها عنده وأما الغصب فلان الواجب عليه ابطال فعله وذلك بالرد الى المالك (العبد المأذون يملك الاعارة) كذا في الخلاصة (والمحجور اذا استعار واستهلكه ضمن بعد العتق) لان المعير سلطه على اتلافه وشرط عليه الضمان فصح تسليطه وبطل الشرط في حق المولى (ولو أعاره هذا المحجور مثله فاستهلكه ضمن الثاني للحال) لان المحجور يضمن باتلافه مالا (استعار ذهبا فقلده صبيا فسرق) أي الذهب منه (فان كان الصبي يضبط ما عليه لم يضمن) أي المستعير لانه لم يضيع اذ للمستعير ان يعير (والا يضمن) فانه ضيعه حيث وضعه عند من لا يعقل حفظه كذا في المحيط (وضعها) أي وضع المستعير العارية (بين يديه فنام فضاعت لم يضمن لو) كان نومه (جالسا) لان هذا حفظ عادة (وضمن لو مضطجعا) لتركه الحفظ (ليس للاب اعارة مال طفله) كذا في الخلاصة (وأجرة الرد) أي رد العارية والوديعة والعين المستأجرة والمغصوب والرهن (على المستعير والمودع والمؤجر والغاصب والمرتهن) لان المنفعة حصلت لهم

كتاب الوديعة

لا يخفى وجه المناسبة لكتاب العارية (هي) لغة مطلق الترك وشرعا (أمانة تركت للحفظ وركنها الايجاب) من المودع (كأودعتك أو ما ينوب منابه قولا أو فعلا) فان من وضع ثوبه بين يدي رجل سواء قال هذا وديعة عندك أو سكت وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثمة فضاع صار ضامنا لانه ايداع عرفا صرح به قاضيخان (والقبول) عطف على الايجاب (حقيقة) بان يقول قبلت أو أخذت

أو نحو

(قوله رد المستعير الدابة الخ) وكذا الحكم في المستأجر كما في البرهان (قوله بخلاف الاجنبي فانه يضمن) أقول كذا في الكنز قال الزيلعي وهذا يشهد لمن قال من المشايخ ان المستعير ليس له أن يودع وعلى المختار ان هذه المسئلة محمولة على ما اذا كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبي لانه بامساكها بعد يضمن لتعديه فكذا اذا تركها في يد الاجنبي اهـ وفي البرهان وكذا يعني يبرأ لو ردها مع أجنبي على المختار بناء على ما قال مشايخ العراق من ان المستعير يملك الايداع وعليه الفتوى لانه لما ملك الاعارة مع أن فيها ايداعا وتمليك المنافع فلان يملك الايداع وليس فيه تمليك المنافع أولى وأولوا قوله وان ردها مع أجنبي ضمن اذا هلكت بانها موضوعة فيما اذا كانت العارية مؤقتة وقد انتهت بانقضاء مدتها وحينئذ يصير المستعير مودعا والمودع لا يملك الايداع بالاتفاق اهـ (قوله وضع المستعير العارية بين يديه فنام فضاعت لم يضمن الخ) أقول وهو شامل لما لو كانت دابة لما قال في الخانية استعار دابة فنام في المفازة ومقودها في يده فجاء انسان وقطع المقود وذهب بالدابة لا يضمن المستعير لانه لم يترك الحفظ ولو ان السارق مد المقود من يده وذهب بالدابة ولم يعلم به المستعير كان ضامنا لانه اذا نام على وجه يمكن مد المقود من يده وهو لا يعلم يكون تضييعا قيل هذا اذا نام مضطجعا فان نام جالسا لا يضمن على كل حال لانه لو نام جالسا لم يكن المقود في يده ولكن الدابة تكون بين يديه لا يضمن فهذا أولى اهـ (قوله ليس للاب اعارة مال طفله) أقول والصبي المأذون اذا أعار ماله صحت الاعارة كما في الخانية

كتاب الوديعة

(قوله وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه) أقول فيه تسامح والمراد اثبات اليد بالفعل ولا يكفي قبول الاثبات كما أشار اليه بعد بقوله وحفظ شئ بدون اثبات اليد عليه محال (قوله وحكمها وجوب الحفظ الخ) أقول ووجوب الاداء عند الطلب الا كما لو كانت سيفا فأراد صاحبه الضرب به عدوانا كما يأتي (قوله كذا الامناء الامتوليا الخ) أقول فالمستثنى ثلاثة كما ذكر وزاد العلامة المرحوم الشيخ زين في الاشباه والنظائر عليها سبعة أحد المتفاوضين اذا مات ولم يبين حال المال الذي في يده والوصي اذا مات مجهلا والاب اذا مات مجهلا مال ابنه والوارث اذا مات مجهلا ما أودع عند مورثه ومن مات مجهلا ما ألقته الريح في بيته ومن مات مجهلا ما وضعه مالكه في بيته بغير علمه والصبي المحجور اذا مات مجهلا ما اودع عنده ثم قال فصار المستثنى عشرة اه وزدت عليها ستة الجد ووصيه ووصي القاضي والمحجور عليه فرورق وجنون وغفلة ودين وسفه وعته وقد ألحقتها بنظم ابن وهبان في كتاب تيسير المقاصد وهو الذي لخصته من شرح ابن الشحنة رحمه الله تعالى قلت لكن القول بأن الاب لا يضمن ضعفه العمادي بقوله والاب اذا مات مجهلا يضمن وقيل لا يضمن كالوصي اه (قوله او قاضيا اودع مال اليتيم ومات مجهلا) يشير الى انه يضمن لو وضع أموال اليتامى في بيته ومات ولا يدري اين المال وانه لم يبين لانه مودع فيضمن بموته مجهلا وبه صرح العمادي اه وذكر قاضيخان عن ابن رستم لو مات القاضي ولم يبين ما عنده من مال اليتيم لا يضمن (قوله كذا في الخانية) اقول وذكره في كتاب الوقف (قوله ويحفظها بنفسه وعياله) اقول ما لم يكن المدفوع اليه متهما كما في الخانية والمعتبر فيه المساكنة لا النفقة الا ترى ان المرأة لو دفعت الى زوجها لا تضمن كما في التبيين واختلف فيما لو دفع الى من في عيال صاحب الوديعة كما في الخانية (قوله واجيره) يعني الاجير مسانهة أو مشاهرة كما في البرهان وقيد الزيلعي الاجير مشاهرة بأن تكون نفقته عليه انتهى وأقول يتأمل فيه مع ما قدمه أعني الزيلعي من أن المعتبر فيه المساكنة لا النفقة اه وعن محمد رحمه الله تعالى ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس في عياله او الى أمين من امنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله لا يضمن ذكره في النهاية ثم قال وعليه الفتوى وعزاه الى التمرتاشي وهو الى الحلواني ثم قال وعن هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة بالعيال فقال ويلزم المودع حفظه اذا قبل الوديعة على الوجه الذي يحفظ به ماله وذكر فيه أشياء حتى ذكر ان له أن يحفظ بشريك العنان والمفاوضة وعبده المأذون له في يده ماله ثم قال وبهذا يعلم أن العيال ليس بشرط في حفظ الوديعة اه (قوله الا اذا خاف حرقا او غرقا فسلم الى جاره او فلك آخر) قالوا اذا لم يمكنه ان يدفعها الى من هو في عياله وان أمكنه ان يحفظها في ذلك الوقت لعياله فدفعها الى الاجنبي يضمن لانه لا ضرورة له فيه وكذا لو ألقاها في سفينة اخرى فوقعت في البحر ابتداء او بالتدحرج يضمن لان الاتلاف حصل بفعله كما في التبيين (قوله كذا اي يضمن ايضا المودع اذا طلب ربها فمنع) اقول الا في ثلاث مسائل نقلها في الخانية في الاشباه

ونحو ذلك (أو عرفا) بان يسكت حين يضع الثوب ولو قال لا أقبل الوديعة فوضع بين يديه وذهب فضاع الثوب لا يضمن لانه صرح بالرد فلا يصير مودعا الا بقبول ذكره قاضيخان (وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه) لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشئ بدون اثبات اليد عليه محال فايداع الطير في الهواء والعبد الآبق والمال الساقط في البحر غير صحيح (وحكمها وجوب الحفظ على المودع وصيرورة المال أمانة عنده) وفرع عليه بقوله (فلا يضمن) أي المودع (ان هلكت أو سرقت عنده) لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستودع غير المغل ضمان والمغل الخائن بالاغلال الخيانة (ولو) وصلية (وحدها) أي لم يسرق معها مال المودع وقال مالك يضمن للتهمة والحجة عليه ما نقلنا (الا ان يموت) أي المودع (مجهلا) أي لم يبين حال الوديعة فانه حينئذ يكون متعديا فيضمن (كذا الامناء) أي كل أمين مات مجهلا لحال الامانة يضمن (الا متوليا أخذ الغلة ومات مجهلا وسلطانا أودع بعض الغانمين بعض الغنيمة ومات مجهلا) أي بلا بيان المودع (وقاضيا أودع مال اليتيم ومات مجهلا) أي بلا بيان المودع كذا في الخانية (ويحفظها بنفسه وعياله) أي زوجته وولده ووالديه وأجيره (ويضمن) ان حفظ (بغيرهم) أو أودعها غيرهم لان المالك رضي بحفظه ويده دون غيره فيضمن بالتسليم اليه (الا اذا خاف حرقا وغرقا فسلم الى جاره أو فلك آخر) اذ لا يمكنه أن يحفظها في هذه الحالة الا بهذا الطريق فصار مأذونا فيه ولا يصدق عليه الا ببينة لانه يدعي ضرورة تسقط الضمان بعد تحقق سببه فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع (كذا) أي يضمن أيضا المودع (اذا طلبها) أي رب الوديعة (فمنع) أي المودع (قادرا على تسليمها) فانه اذا طالبه بالرد لم يكن راضيا بامساكه بعده فيكون متعديا بالمنع فيضمن (أو تعدى) أي المودع

وفسر التعدي بقوله (فلبس ثوبها أو ركب دابتها أو أنفق بعضها) فان المودع اذا أنفق بعضها ضمن ما أنفق منها ولم يضمن كلها (أو خلط مثله بما بقي) فانه اذا جاء بمثل ما أنفق فخلطه بالباقي صار ضامنا لجميعها لانه صار مستهلكا للكل بالخلط كذا في الكافي (أو جحدها عنده) يعني اذا طلبها صاحبها فجحدها عنده (ثم أقر أولا) ضمن لان المالك عزله عن الحفظ حين طالبه بالرد فهو بالامساك بعده غاصب فيضمن فان عاد الى الاقرار لم يبرأ عن الضمان لان العقد ارتفع فلا يعود الا بالتجديد ولم يجدد وانما قال عنده لانه لو انكر عند غيره بان قال اجنبي أعندك وديعة لفلان فقال لا لا يضمن لان الجحود عند غيبة المالك من الحفظ لانه يقطع به طمع الطامعين عنها فلا يضمن به (أو حفظ) أي الوديعة (في دار أمره) أي بحفظها (في غيره) أي غير تلك الدار فيضمن لمخالفته أمره (أو خلط بماله حتى لم يتميز) سواء خلطها بجنسه أو بخلاف جنسه فان الخلط استهلاك عند أبي حنيفة مطلقا (وان اختلطت) أي الوديعة (به) أي بمال المودع بلا صنع منه كما اذا انشق الكيسان فاختلطا (اشتركا) ولا ضمان اذ لا تعدي منه وهذا اتفاقي (وان أزال التعدي) يعني اذا تعدى المودع في الوديعة بان أودعها عند غيره ثم أزال التعدي فردها الى يده (زال الضمان) بمعنى أن الوديعة اذا ضاعت بعد العود الى يده لم يضمن خلافا للشافعي هذا الذي ذكر حكم الوديعة (واختلف في سائر الامانات) قال في العمادية لو استعار دابة الى مكان مسمى فجاوز بها المستعير المكان المسمى ثم عاد اليه فهو ضامن الى أن يردها على المالك قيل هذا اذا استعارها ذاهبا لا جائيا أما اذا استعارها ذاهبا وجائيا يبرأ وهذا القائل يسوي بين المودع والمستعير والمستأجر اذ خالفوا ثم عادوا الى الوفاق برؤا عن الضمان اذا كانت مدة الايداع والاعارة باقية ومن المشايخ من قال في العارية لا يبرأ عن الضمان ما لم يردها على المالك سواء استعارها ذاهبا أو ذاهبا وجائيا وهذا القائل يقول ان المستعير والمستأجر اذا خالفا ثم عادا الى الوفاق لا يبرآن عن الضمان بخلاف المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق حيث يبرأ والقول الاول أشبه والمعمول (؟) شيخ الاسلام خواهرزاده (وله) أي للمودع (السفر بها) أي بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة (ان أمن) أي الطريق بان لا يقصده أحد غالبا وان قصده أمكنه دفعه بنفسه وبرفقائه (ولم ينهه) أي المودع عن السفر فان لم يأمن أو نهاه فضاعت ضمن (أودعاه) أي أودع رجلان رجلا (مثليا) يعني المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة (لم يدفع) أي المودع (الى أحدهما حصته بغيبة الآخر) ولو دفع ضمن وقالا يدفع ولا يضمن قيل الخلاف في المثليات والقيميات معا والصحيح انه في المثليات فقط ولذا قال (كما في القيمي أودعه ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه) وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظ أحدهما باذن الآخر وذلك لانه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله فان الفعل كالحفظ متى أضيف الى اثنين فيما يقبل التجزي يتناول البعض دون الكل فيقع التسليم الى الآخر بلا رضا المالك (وضمن دافع كله لا قابضه) لان مودع المودع لا يضمن عنده (بخلاف ما لا يقسم) فان دافع كله

قال لم تودعني اما لو قال ليس له علي شيء ثم ادعى ردا أو تلفا صدق كما في جامع الفصولين وحكى في جحود العقار خلافا (قوله يعني اذا طلبها صاحبها فجحدها عنده ثم اقر أو لا ضمن) أقول وفي الخانية لو سأله صاحبها او اجنبي عن حالها عنده فجحد قال شمس الائمة يضمن عند زفر خلافا لابي يوسف وذكر الناطفي ان الجحود بحضرة صاحبها يكون فسخا للوديعة فيضمن ان نقلها من موضع كانت فيه حالة الجحود واذا لم ينقلها عنه لا يضمن اه وفي جامع الفصولين جحدها والعارية فيما يحول عن مكانه ضمن ولو لم يحول اه (قوله اشتركا) اقول وتكون شركة املاك كما في التبيين (قوله وهذا القائل يقول ان المستعير والمستأجر اذا خالفا ثم عادا الى الوفاق لا يبرآن عن الضمان الخ) اقول في العمادية قال الاستروشني ان المستأجر والمستعير اذا خالفا ثم عادا الى الوفاق لا يبرآن عن الضمان على ما عليه الفتوى (قوله فان لم يأمن أو نهاه فضاعت ضمن) اقول ومحل ضمانه فيما اذا لم يأمن الطريق ما اذا كان له بد عن السفر وان لم يكن له منه بد بان سافر مع اهله لا يضمن وكذا لو نهاه عن الخروج بها من المصر فخرج يضمن ان كان له منه بد والا فلا كما في التبيين

لا يضمن لانه لما أودعهما مع علمه بامتناع اجتماعهما عليه ليلا أو نهارا وأمكنهما المهايأة كان راضيا بدفع الكل الى أحدهما فى بعض الاحوال (كذا المرتهنان والوكيلان بالشراء اذا سلم أحدهما الى الآخر ما يقسم) حيث يضمن بخلاف ما لا يقسم (نهى عن الدفع الى عياله فدفع الى من له بد) أى انفكاك (منه) مع انه من عياله (ضمن و) دفع (الى من لا بد له منه كدفع الدابة الى عبده وما يحفظه النساء الى عرسه لا) ى لا يضمن يعنى أودع رجلا وديعة وقال لا تدفعها الى امرأتك وعبدك وأمتك وولدك وأجيرك وهم فى عياله فان دفعها الى واحد منهم فهلكت فان كان يجد بدا من الدفع اليه بان كان له سواه أهل وخدم فهو ضامن والا لم يضمن لان هذا الشرط مفيد فقد يأمن الانسان الرجل على المال ولا يأتمن عياله لكن انما يلزمه مراعاة شرطه بقدر الامكان فان كان يجد بدا من الدفع الى من نهى عنه وهو متمكن من حفظها على الوجه المأمور به فيضمن بحفظها على الوجه المنهى عنه وان كان لا يجد بدا منه لم يضمن اذ لا يمكنه الحفظ الا به فلم يمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فلم يعتبر التقييد فبطل فصار كأنه قال لا تحفظ فصار مناقضا لاصله وهذا كما اذا أودع دابة وقال لا تدفعها الى غلامك أو نهاه عن الدفع الى امرأته والوديعة شئ يحفظ على يد النساء والرجل ممن لا يجد بدا منها فهذا الشرط يناقض أصله فصار باطلا (كما لو أمر بحفظها فى بيت معين من دار أو صندوق معين فيه) أى البيت (فحفظ فى) بيت (آخر منها) أى من تلك الدار (أو) صندوق (آخر منه) أى من ذلك البيت فانه حينئذ لم يضمن (بخلاف الدارين) الاصل ان الشرط انما يصح اذا كان مفيدا والعمل به ممكنا والنهى عن الوضع فى دار أخرى مفيد لان الدارين يختلفان فى الامن والحفظ فصح الشرط وأمكن العمل به وأما البيتان فى دار واحدة فقلما يختلفان فى الحرز فالمتمكن من الاخذ من أحدهما يتمكن من الاخذ من الآخر فصار الشرط غير مفيد وتعذر العمل به أيضا فلا يعتبر وكذا الصندوقان فان تعين الصندوق فى هذه الصورة لا يفيد فان الصندوقين فى بيت واحد لا يتفاوتان ظاهرا (الا أن يكون لهما) أى للبيت والصندوق (خلل ظاهر) فحينئذ يفيد الشرط ويضمن بالخلاف (أودع المودع فهلكت ضمن) المودع المودع (الاول فقط) وقالا يضمن أيهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول (ولو أودع الغاصب ضمن المالك أيا شاء) من الغاصب والمودع أما الغاصب فظاهر وأما مودعه فلقبضه منه بلا رضا مالكه ثم انه ان لم يعلم انه غاصب رجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك فى الظاهر وحكى أبو اليسر انه لا يرجع واليه أشار شمس الائمة كذا فى النهاية (كما فى الغاصب وغاصبه والغاصب والمشترى منه) فان غاصبه والمشترى منه صار امثاله بالتلقى منه ابتداء لعدم اذن المالك فكذا بقاء (معه ألف ادعى رجلان كل منهما انه له أودعه اياه فنكل لهما فهو) أى الالف (لهما وعليه ألف آخر بينهما) لان دعوى كل منهما صحت فتوجهت اليمين لهما وانما يحلف لكل منهما بانفراده لان كلا منهما ادعاه بانفراده والمسئلة على أربعة أوجه لانه اما أن يحلف لهما أو يحلف للاول وينكل للثانى أو بالعكس أو ينكل لهما فان حلف

(قوله وله السفر بها) اقول قدمنا فى الاجارة للمودع ان يسافر بالوديعة فى البر لا البحر فيحمل الاطلاق هنا على ما قيدتم (قوله بخلاف الدارين) اقول هذا مستغنى عنه بقوله قبله او حفظ فى دار أمر به فى غيرها والله الموفق

لكل منهما او لاشئ لهما وان حلف للأول ونكل للثاني فالالف له يبذله أو باقراره وان عكس فالالف للأول ولا شئ للثاني وان نكل للثاني ايضا فالالف بينهما لانه أوجب الحق لكل منهما عليه ببذله أو اقراره وعليه ألف آخر بينهما لان نكوله أوجب لكل منهما كل الالف كأنه ليس معه غيره فاذا صرفه اليهما فقد صرف نصف نصيب هذا الى ذاك ونصف نصيب ذاك الى هذا فيغرم ذلك (أودع حر عبدا محجورا فاودع) المحجور محجورا (مثله وضاع) المودع (ضمن الاول) لانه سلطه على اتلافه وشرط عليه الضمان فصح التسليط وبطل الشرط في حق المولى (فقط) أي لا يضمن الثاني لان مودع المودع لا يضمن عند أبي حنيفة اذا لم يجن (بعد العتق) رعاية لحق المولى (ولو ضاع) المودع (عند ثالث) يعني اذا اودع المحجور الثاني عند المحجور الثالث فهلك عند الثالث (فلا ضمان عليه) وان أعتق لانه مودع المودع وهو غير ضامن عند أبي حنيفة (وغرم الاول بعد عتقه) لما مر من قوله لانه سلطه الخ (وغرم الثاني في الحال) لانه استهلكه بدفعه الى الثالث ومودع المودع يضمن عنده اذا جنى

﴿ كتاب الرهن ﴾

مناسبته لكتاب الوديعة ان عين الرهن امانة في يد المرتهن كما سيأتي فيكون كالوديعة (هو) لغة الحبس مطلقا وشرعا (حبس المال) احترازعن رهن الحر والمدبر والخمر ونحوها (بحق يمكن اخذه) اى الحق (منه) أى من المال (وهو) أى ذلك الحق (الدين حقيقة) وهو دين واجب ظاهرا او باطنا أو ظاهرا فقط فانه يصح بثمن عبد وثمن خل وذبيحة وبدل صلح عن انكار وان استحق أو وجد حرا أو خمرا او ميتة أو تصادقا أن لا دين لان الدين واجب ظاهرا وهو كاف لانه آكد من دين موعود كما سيأتي (أو حكما) كالاعيان المضمونة بالمثل أو القيمة والقوم يسمونها الاعيان المضمونة بنفسها وسيأتي تحقيق وجه التسمية ان شاء الله تعالى (ينعقد) حال كونه (غير لازم) لانه تبرع كالهبة والصدقة (بايجاب وقبول) كما في الهبة (فللراهن تسليمه والرجوع عنه) تفريع على قوله غير لازم (فاذا سلم) اى الراهن الرهن (وقبض) من قبل المرتهن (محوزا) أى مجموعا احترازعن رهن الثمر على الشجر ورهن الزرع في الارض لان المرتهن لم يحزه (مفرغا) اى عن ملك الراهن وهو احترازعن عكسه وهو رهن الشجر دون الثمر ورهن الارض دون الزرع ورهن دار فيها متاع الراهن (متميزا) احترازعن رهن المشاع كرهن نصف العبد أو الدار كذا في غاية البيان وهذه المعاني هي المناسبة لهذه الالفاظ لا ما قيل ان الاول احترازعن رهن المشاع والثالث عن رهن ثمر على شجر دون الشجر كما لا يخفى على أهل النظر (لزم) اى الرهن هو جزاء لقوله فاذا سلم (والتخلية فيه) أى رفع المانع من القبض في زمان يمكن فيه (قبض) أى في حكم قبض المرتهن حتى اذا وجدت من الراهن بحضرة المرتهن ولم يأخذه فضاع ضمن المرتهن فلا وجه لما قال الزيلعي بناء على ظاهر المعنى اللغوي ان الصواب ان التخلية تسليم لانه عبارة عن رفع

﴿ كتاب الرهن ﴾

(قوله وشرعا حبس المال احترازعن رهن الحر والمدبر والخمر ونحوها) اقول فيه تسامح لان المدبر مال ولكن لا يمكن الاستيفاء منه فلا يناسب أن يكون مخرجا بقوله حبس مال بل بقوله بحق يمكن اخذه منه واما الخمر فهو مال ايضا ويمكن الاستيفاء منه بتوكيل ذمي ببيعه او بنفسه ان كان المرتهن والراهن من اهل الذمة (قوله محوزا مفرغا متميزا) هذه الاحوال اما متداخلة او مترادفة ذكره العيني

المانع من القبض وهو فعل المسلم دون المتسلم والقبض فعل المتسلم (كالبيع) أي كما ان التخلية فيه ايضا قبض اعترض على القوم بان التخلية ينبغي ان لا تكفي في قبض الرهن اذ القبض منصوص في الرهن بخلاف البيع حتى استدلوا على شرطية القبض في الرهن بقوله تعالى فرهان مقبوضة والاصل ان المنصوص يراعى وجوده على اكمل الجهات أقول المنصوص انما يراعى وجوده على اكمل الجهات اذا نص عليه بالاستقلال واما اذا ذكر تبعا للمنصوص فلا يجب ان يراعى وجوده كما ذكر فان التراضي في البيع منصوص عليه بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم فلو صح ما قال المعترض لبطل بيع المكره ولم يفسد وليس كذلك كما سيأتي (ولو هلك) أي الرهن اعلم ان الرهن امانة محضة عند الشافعي حتى لو هلك لم يجعله مضمونا وعندنا امانة لكن يد المرتهن يد استيفاء ويتقرر بالهلاك لان الاستيفاء يحصل من المالية دون العين فالاستيفاء بالعين كما ذهب اليه يكون استبدالا والمرتهن مستوف لا مستبدل وانما يحصل الاستيفاء بجنس الحق والمجانسة بين الاموال باعتبار صفة المالية دون العين فكان هو امينا في العين كالكيس في حقيقة الاستيفاء ولهذا كان نفقة الرهن على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وهذا معنى قوله صلى الله عليه وسلم عليه غرمه فاذا هلك الرهن (ضمن) أي المرتهن (بالاقل يجب) تعريفه باللام لئلا يتوهم كون من في قوله (من قيمته ومن الدين) تفضيلية وليس كذلك بل بيانية والمعنى بالاقل الذي هو من هذين المذكورين ايهما كان وقد وقع في نسخ الوقاية منكرا (ولو استويا) أي الدين وقيمة الرهن (سقط دينه) أي صار المرتهن مستوفيا لدينه (ولو) كانت (قيمته) أي الرهن (أكثر) من الدين (فالفضل امانة) لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وهو بقدر الدين (ولو) كانت (أقل) منه (سقط) من الدين (قدره ورجع المرتهن بالفضل) مثلا اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه فان كانت قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة أخرى وان كانت خمسة عشر فالفضل امانة (وضمن) أي المرتهن (بدعوى الهلاك بلا بينة) يعني اذا ادعى المرتهن هلاك الرهن ضمن ان لم يقم البينة عليه (مطلقا) أي سواء كان من الاموال الظاهرة كالحيوان والعبيد والعقار أو من الاموال الباطنة كالنقدين والحلي والعروض وقال مالك يضمن في الاموال الباطنة فقط (له) أي للمرتهن (طلب دينه من راهنه) لان الرهن لا يسقط طلب الدين (و) له (حبسه به) أي الراهن بالدين وان كان الرهن في يده لان حقه باق بعد الرهن والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه دفعا للظلم (و) له أيضا حبس (رهنه بعد الفسخ حتى يقبض دينه أو يبرئه) لان الرهن لا يبطل بمجرد الفسخ

(قوله بالاقل يجب تعريفه) اقول ولذا قال في النهاية وفي بعض نسخ القدوري بأقل بدون الالف واللام وهو خطأ واعتبر هذا بقول الرجل مررت باعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم غيرهما ولو كان بالاعلم من زيد وعمرو يكون واحدا منهما فكلمة من للتمييز اه وقال في الموصل شرح المفصل ان من هذه ليست من التفضيلية التي لا تجامع اللام وانما هي من التنبيهية في قولك أنت الافضل من قريش كما تقول أنت من قريش ونحوه قول الفقهاء الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين اه كذا في مجمع الروايات شرح القدوري (قوله يعني اذا ادعى المرتهن هلاك الرهن ضمن) يعني الرهن بالاقل من قيمته ومن الدين كما تقدم (قوله ان لم يقم البينة عليه) جعله شرطا للزوم الضمان يوهم بمفهومه انتفاء الضمان باقامة البينة وليس مرادا وربما اوهمت عبارته ان المرتهن لا يقبل منه دعوى الهلاك بلا بينة وليس مرادا اذ لا فرق عندنا بين ثبوت الهلاك بالبينة وبين ثبوته بقوله مع يمينه ويكون الرهن في الصورتين مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين وقول محشي الدرر العلامة الواني رحمه الله الظاهر ان كلمة ان ههنا وصلية ليس بظاهر وعلى تسليمه يحتاج لتأويل كون ان وصلية وكون الضمان ليس الا ضمان الرهن لا مطلق الضمان وكذا وقع الايهام في عبارة ابن الملك شارح المجمع حيث قال يعني اذا ادعى المرتهن هلاك الرهن ولم يقم البينة عليه ضمنه عندنا اه وليس المراد ظاهره ومتن المجمع وشرحه لمصنفه لا ايهام فيهما وقد اوضح الحكم وازال الايهام في الحقائق شرح منظومة النسفي حيث قال في باب الامام مالك رحمه الله وقيمة الرهن على المرتهن اذا ادعى الهلاك ولم

يبرهن ادعى المرتهن هلاك الرهن ولا بينة له يضمن قيمته بالغة ما بلغت عند داي الامام مالك رحمه الله بناء على ان المودع لو ادعى هلاك الوديعة ولم يقل هلك معه شئ آخر لا يصدق عنده وعندنا يصدق ويسقط الدين بقدره والباقي لا ضمان عليه اه وقد ذكرت هذا في ضمن رسالة سميتها بغاية المطلب في الرهن اذا ذهب

بل يرده على الراهن بطريق الفسخ فانه يبقى مضمونا ما بقى القبض والدين
(لا الانتفاع به) أى بالرهن عطف على قوله له طلب دينه (مطلقا) أى لا
باستخدام ولا سكنى ولا لبس ولا اجارة ولا اعارة سواء كان من المرتهن أو الراهن
(الا بالاذن) أى اذن الراهن ان كان المنتفع المرتهن أو اذن المرتهن ان كان المنتفع
الراهن (فلو فعل) أى انتفع بالرهن قبل الاذن (تعدى ولم يبطل) أى الرهن (به)
أى بالتعدى (واذا طلب) أى المرتهن (دينه ولو فى غير بلد العقد أمر باحضار
الرهن) لان قبضه قبض استيفاء فلا وجه لقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لان
هلاكه محتمل فاذا هلك فى يد المرتهن تكرر الاستيفاء (ان لم يكن لحمله مؤنة)
متعلق بقوله ولو فى غير بلد العقد فان الاماكن كلها فى حق التسليم كمكان واحد
فيما ليس لحمله مؤنة (فان احضره) أى المرتهن الرهن (سلم الراهن الدين ثم
المرتهن الرهن) ليتعين حق المرتهن كما تعين حق الراهن بحضور الرهن تحقيقا
للتسوية كما فى المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن (وان كانت) أى لحمله
مؤنة (سلم) أى الراهن (الدين بلا احضار الرهن) أى لا يكلف المرتهن احضار
الرهن لان الواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان ولكن
للراهن ان يحلفه بالله ما هلك كذا فى الكافى (مرتهن طلب دينه لا يكلف) أى
المرتهن (احضار رهن وضع عند عدل بامر الراهن) لكونه فى يد الغير بامر
الراهن (ولا) يكلف أيضا المرتهن احضار (ثمن رهن باعه المرتهن بامره) أى
الراهن (حتى يقبضه) لانه صار دينا بالامر ببيع الرهن فصار كأن الراهن رهنه
وهو دين واذا قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل (ولا) يكلف أيضا
(مرتهن معه رهن تمكينه) أى تمكين الراهن (من بيعه) أى الرهن (ليقضى
دينه) يعنى لو اراد الراهن ان يبيع الرهن ليقضى الدين بثمنه لا يجب على المرتهن
أن يمكنه من البيع لان حكم الرهن الحبس الدائم الى ان يقضى الدين فكيف
يصح القضاء من ثمنه (ولا) يكلف أيضا (من قضى بعض دينه تسليم بعض رهنه
حتى يقبض البقية) من الدين لان له ان يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية كما
فى حبس المبيع (ويحفظه بنفسه وعياله) كزوجته وولده وخادمه واجيره
مشاهرة او مسانهة يسكنون معه فان العبرة بالمساكنة لا النفقة حتى ان المرأة
لو دفعته الى زوجها لا تضمن ذكره الزيلعى (وضمن بحفظه بغيرهم) لانه ترك
الحفظ الواجب (وتعديه) أى صريحا (وايداعه) لما تقرر ان عينه أمانة (وجعل
خاتم الرهن فى خنصره اليمنى أو اليسرى) لانه استعمال وجعله فى اصبع آخر حفظ
(وتقلد سيفى الرهن) لانه أيضا استعمال (لا الثلاثة) فانه حفظ فان الشجعان
يتقلدون فى العادة بسيفين لا الثلاثة والضمان فى هذه الصور ضمان الغصب
بجميع القيمة لان الزيادة على مقدار الدين امانة ايضا والامانات تضمن
بالاتلاف (وفى لبس خاتمه) أى خاتم الرهن (فوق آخر يرجع الى العادة) فان كان
ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن والا كان حافظا فلا يضمن (وعليه) أى المرتهن
(مؤن حفظه) كأجرة بيت الحفظ واجر الحافظ فان تمامه على المرتهن وان كان

(قوله فانه يبقى مضمونا ما بقى القبض والدين) كذا لو بقى القبض بعد الفسخ ووفاء الدين فيسترد منه ما ادى اليه بخلاف ما لو ابراه من الدين فلا ضمان لعدم استيفاء شئ من الدين كما سيذكره المصنف رحمه الله (قوله ولا يكلف تمكينه من بيعه) يعنى لا يكلف تسليم الرهن ليباع بالدين لان عقد البيع لا قدرة للمرتهن على المنع منه (قوله فكيف يصح القضاء من ثمنه) نعم يصح عما اذا باعه وتسلم الثمن بحضرة المرتهن فاوفاه منه لان حكم الرهن حبسه الى قضاء الدين ولو من ثمنه (قوله وجعل خاتم الرهن فى خنصره اليمنى أو اليسرى الخ) أقول وهذا فيما لو كان المرتهن رجلا أما لو كان امرأة فانه يضمن ولو لبسه فى غير الخنصر لان النساء يلبس كذلك فيكون من باب الاستعمال كما فى التبيين (قوله وتقلد سيفى الرهن) أقول ظاهره الضمان مطلقا كما فى التبيين وقال قاضيخان وفى السيفين يضمن اذا كان المرتهن يتقلد بسيفين لانه استعمال اه فلم يعلل بعادة الشجعان بل نظر الى حال المرتهن على ان المصنف نظر الى حال المرتهن فى لبس الخاتم فوق آخر (قوله وفى لبس خاتمه فوق آخر يرجع الى العادة الخ) أقول وكذا لو رهنه خاتمين فلبس خاتما فوق خاتم كما فى التبيين

قيمة الرهن أكثر من الدين لان وجوبه بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت (وأما مؤن رده أو رد جزء منه الى يده فتنقسم الى المضمون والامانة) يعني ان مؤنة رده الى المرتهن ان كان خرج من يده مثل الآبق على المرتهن ان كان قيمة الرهن مثل الدين وكذا مؤنة رد جزء منه الى يد المرتهن كمداواة الجروح ان كان قيمته مثل الدين اما اذا كانت أكثر منه فتنقسم على المضمون والامانة فالمضمون على المرتهن والامانة على الراهن وكذا مداواة القروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية (وعلى الراهن خراج الرهن ومؤنة تبقيته واصلاح منافعه) كنفقة الرهن وكسوته واجرة راعيه وظئر ولد الرهن وسقي البستان والقيام بأموره فالحاصل ان ما يرجع الى بقائه فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل اولا لان العين بقيت على ملكه وكذا منافعه مملوكة له وما يرجع الى حفظه فهو على المرتهن اما خاصة او بالتقسيم كما مر (وكل ما وجب على أحدهما من الراهن والمرتهن (فاداه الآخر كان متبرعا) لانه قضى دين غيره بغير امره (الا ان يأمره به القاضي) لان له ولاية عامة فكان صاحبه أمره به

﴿باب ما يصح رهنه والرهن به اولا﴾

(صح رهن الحجرين) يعني الذهب والفضة (والمكيل والموزون) لكونها محل الاستيفاء (فلو رهنت) المذكورات (بخلاف جنسها) فهلكت (هلكت بقيمتها) كسائر الاموال وهو ظاهر (ولو) رهنت (بجنسها) فهلكت (هلكت بمثلها من الدين) وتعتبر المماثلة في القدر وهو الوزن أو الكيل (بلا عبرة للجودة و) لا (للقيمة) فان الدين اذا كان وزنيا والرهن أيضا كذلك فهلك فان تساويا سقط الدين وان كان الدين زائدا سقط قدر الرهن منه وبقي الزائد في ذمة الراهن وان عكس سقط قدر الدين منه والفضل للراهن (لا) اي لا يصح (رهن مشاع) لان حكم الرهن كما عرفت ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يتصور في المشاع من حيث انه مشاع (مطلقا) اي سواء كان مما يحتمل القسمة اولا وسواء رهن من شريكه او من أجنبي والطارئ كالمقارن هو الصحيح كذا في الخلاصة (وثمر على شجر دونه) أي دون الشجر (وزرع ارض او نخل بها دونها) اي دون الارض لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى المشاع (كذا العكس) وهو رهن الشجر لا الثمر ورهن الارض لا النخل أو الزرع لان الاتصال يقوم بالطرفين فالاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لا يجوز لامتناع قبض المرهون وحده (ولا) يصح ايضا (رهن حر ومدبر ومكاتب وام ولد ووقف وخمر) لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يثبت الاستيفاء منها لعدم المالية في الحر وعدم جواز بيع ما سواه (ولا يصح ارتهانها من مسلم أو ذمي) واللام في (للمسلم) متعلق بقوله رهن حر او

(قوله الا ان يأمره به القاضي) أقول ظاهره انه بمجرد الامر يكون ما انفقه دينا يرجع به ولابد من التصريح بجعله دينا عليه كما في الملتقط وعن أبي حنيفة انه لا يرجع عليه اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بأمر القاضي كما في التبيين وقال الصغناقي فبمجرد أمر القاضي لا يرجع عليه ما لم يجعله دينا عليه على ما هو المذكور في الذخيرة ثم قال قال شمس الائمة وهكذا نقول في كتاب اللقطة وأكثر مشايخنا على هذا انه لابد من التنصيص على أن يكون ذلك دينا على الراهن أما بمجرد الامر بالانفاق فلا يصير دينا اهـ والله أعلم

﴿باب ما يصح رهنه والرهن به أولا﴾

(قوله والفضل للراهن) أقول يعني عليه أي لا يضمنه المرتهن لكونه أمانة (قوله لا يصح رهن مشاع) أقول نفي الصحة يحتمل أن يكون للفساد أو للبطلان ولم يتعرض لكونه فاسدا أو باطلا وفيما أشار اليه في الذخيرة والمغني دليل على انه فاسد لا باطل فالمقبوض بحكم الرهن الفاسد يتعلق به الضمان وهو الصحيح والمقبوض بحكم الرهن الباطل لا يتعلق به الضمان أصلا لان الباطل من الرهن ما لا يكون منعقدا أصلا كالباطل في البيع والفاسد منه ما يكون منعقدا لكن بوصف الفساد كالفاسد من البيوع وشرط انعقاد الرهن أن يكون مالا والمقابل به يكون مالا مضمونا وهو شرط جواز الرهن ثم قال ففي كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا الا أنه فقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لانعدام شرط الجواز وفي كل موضع لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا لا ينعقد الرهن أصلا كذا في النهاية للسغناقي (قوله هو الصحيح) راجع الى قوله والطارئ وذكر التصحيح في النهاية أيضا (قوله او نخل بها دونها) اي دون الارض ليس المراد جميع الارض بل قدر موضع الشجر لما قال الزيلعي أما لو رهن النخيل بمواضعها جاز ولا يمنع الصحة مجاورة ما ليس برهن (قوله كذا العكس الخ) يعني بأن نص على عدم رهن المنفي أما لو رهن الارض وسكت عن النخيل والثمر والزرع والرطبة والبناء والغرس بها يكون ذلك رهنا تبعا لاتصاله كما في التبيين

ارتهانها اى لا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا وامثاله او يرتهنها من مسلم او ذمى لتعذر الايفاء والاستيفاء فى حق المسلم (ولا يضمن له) اى للمسلم (مرتهنها الذمى) يعنى ان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لم يضمنها بالغصب منه لانها ليست بمال فى حق المسلم (وفى عكسه الضمان) يعنى اذا كان الراهن ذميا والمرتهن مسلم فيضمن الخمر للذمى كما اذا غصب لانه امال للذمى (ولا) يصح ايضا (بامانات) كالوديعة والعارية ومال المضاربة والشركة لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن فكان قبض الرهن مضمونا فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويثبت استيفاء الدين منه وقبض الامانات ليس بمضمون ليصح الرهن بها (ومبيع فى يد البائع) لما عرفت ان الرهن يجب ان يكون فى مقابلة الدين حقيقة او حكما والمبيع فى يد البائع ليس بدين حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه يجب ان يكون مضمونا بالمثل او القيمة والمبيع فى يده ليس كذلك بل اذا هلك سقط الثمن وهو حق البائع وليس فيه ضمان والقوم يسمونه بالعين المضمونة بغيرها وسيأتى تحقيقه ان شاء الله تعالى (ودرك) تفسير الرهن بالدرك ان يبيع رجل سلعة وقبض ثمنها وسلمها وخاف المشترى الاستحقاق واخذ بالثمن من البائع رهنا قبل الدرك فانه باطل حتى لا يملك حبس الرهن حل الدرك او لم يحل فاذا هلك الرهن كان امانة عنده حل الدرك او لا اذ لا عقد حيث وقع باطلا كذا فى الكافى (واجرة نائحة ومغنية وثمن حر) حتى لو هلك الرهن لم يكن مضمونا اذ لا يقابله شئ مضمون (وكفالة بالنفس) لتعذر الاستيفاء (وشفعة) لان المبيع غير مضمون على المشترى (وعبد جان او مديون) لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شئ (وقصاص مطلقا) اى فى النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء (بخلاف الجناية خطأ) لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ويصح بعين مضمونة بالمثل او القيمة) كالمغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم عمد اعلم ان الاعيان ثلاثة اقسام احدها عين غير مضمونة اصلا كالامانات فان الضمان عبارة عن رد مثل الهالك ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا فالامانة ان هلكت بلا تعد فلا شئ فى مقابلتها او بتعد فلا تبقى امانة بل تكون غصبا وثانيها عين مضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوه والقوم يسمونها الاعيان المضمونة بنفسها ويريدون الاعيان المضمونة فى حد ذاتها ووجهه ان الضمان كما عرفت عبارة عن رد مثل الهالك او قيمته فالشئ اذا كان مثليا او قيميا يكون بحيث لو هلك تعين المثل او القيمة فتكون مضمونة فى حد ذاتها مع قطع النظر عن العوارض وثالثها عين ليست بمضمونة ولكنها تشبه المضمونة كمبيع فى يد البائع فانه اذا هلك لم يضمن احد بمثله او قيمته لكن الثمن يسقط عن ذمة المشترى وهو غير المثل والقيمة فبمجرد هذا الاعتبار سموه بالعين المضمونة بغيرها فكانه من قبيل المشاكلة (و) يصح (بدين) كما هو الاصل وهو توطئة لقوله (ولو موعودا فهلك فى يد المرتهن عليه) اى على المرتهن (بما وعد من الدين) يعنى ان رهن ليقرضه الف درهم وهلك الرهن فى يد المرتهن فهلكه على المرتهن بمقابلة الالف الموعود فيجب عليه تسليم الالف

(قوله ولا يضمن له مرتهنها الذمى) خص ارجاع الضمير بالخمر ففات علم حكم باقى المذكورات معها (قوله لان المبيع غير مضمون على المشترى) يعنى للشفيع فلا مطالبة له على المشترى بعد هلاكه (قوله فيهلك فى يد المرتهن عليه بما وعد من الدين) اى ان بين قدره واما اذا لم يسم قدره بان رهنه على ان يعطيه شيئا فهلك فى يده يعطى المرتهن الراهن ما شاء لانه بالهلاك صار مستوفيا شيئا فيكون بيانه اليه كما لو اقر بدين كذا فى التبيين وعن الذخيرة قال محمد رحمه الله ولا استحسن اقل من درهم

الى الراهن (اذا لم يكن الدين اكثر من قيمة الرهن) بل كان مساويا او اقل حتى اذا كان اكثر لم يكن مضمونا بالدين بل بالقيمة (و) يصح ايضا (برأس مال السلم او ثمن الصرف) لان المقصود ضمان المال والمجانسة ثابتة فى المالية فيثبت الاستيفاء من حيث المال (فان هلك) اى الرهن برأس المال او ثمن الصرف (تم العقد) اى السلم والصرف (واخذ حقه) اى صار المرتهن مستوفيا لدينه لتحقق القبض حكما (فان افترقا قبل نقد وهلك بطلا) اى عقد السلم والصرف لفوات القبض حقيقة وحكما ولما لم يتأت هذا التفصيل فى المسلم فيه افرده بالذكر فقال (وبالمسلم فيه فان هلك) اى الرهن (تم العقد وصار) اى الرهن (عوضا للمسلم فيه) فيصير كانه استوفاه (وان فسخ) اى عقد السلم (صار) اى الرهن (رهنا ببدله) وهو راس المال فيحبسه فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته (وهلك رهنه بعد الفسخ هلك به) اى بالمسلم فيه حتى يجب عليه رد مثل المسلم فيه لقبض راس المال لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره وهو راس المال (و) يصح ايضا (بدين عليه) اى الاب (عبد طفله) مفعول الرهن المقدر لانه يملك الايداع وهذا اولى منه فى حق الصبي لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خوفا من الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصى كالاب وعن ابي يوسف وزفر انه لا يجوز منهما (و) يصح ايضا (بثمن عبد او خل او ذكية ان ظهر العبد حرا والخل خمرا والذكية ميتة وببدل صلح عن انكار ان اقر ان لا دين) صورته رجل صالح عن انكار ورهن ببدل الصلح شيأ ثم تصادقا على ان لا دين فالرهن مضمون والاصل فى هذه المسائل ما مر ان وجوب الدين ظاهرا يكفى لصحة الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة (شرى على ان يرهن شيأ او يعطى كفيلا) حال كون الرهن والكفيل (معينين لثمنه) متعلق بيعطى (وابى) اى المشترى ان يرهن ما سماه او يعطى كفيلا سماه (صح) اى الشراء استحسانا لا قياسا لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين ولانه صفقة فى صفقة وهو منهى عنه كما مر وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وهو يلائم وجوب الثمن فاذا كان الكفيل حاضرا والرهن معينا اعتبر معنى الشرط وهو الاستيثاق فصح العقد والا اعتبر عين الشرط ففسد (ولا يجبر) اى المشترى (على الوفاء) لان عقد الرهن تبرع من جانب الراهن ولا جبر على المتبرع وانما صار حقا من حقوقه اذا وجد ولم يوجد بعد والوعد بالرهن لا يكون فوق الرهن ولو رهنه لا يلزم ما لم يسلم فلأن لا يصير لازما بالوعد اولى (فللبائع فسخه الا اذا اسلم ثمنه حالا او قيمة الرهن رهنا) اى اذا ابى المشترى ولم يجبر على الوفاء جاز للبائع ان يفسخ العقد لان رضاه بالبيع كان لهذا الشرط فبدونه لا يكون راضيا واذا لم يتم رضاه كان له ان يفسخ او يرضى بترك الرهن الا اذا كان كما ذكر لحصول المقصود حينئذ اذ يد الاستيفاء انما تثبت على المعنى وهو القيمة لان الصورة امانة (قال) اى المشترى (لبائعه) وقد اعطاه شيأ غير المبيع (امسك هذا حتى اعطى ثمنه كان رهنا) لانه ذكر لا يدل على الرهن لان العبرة للمعانى وفيه خلاف زفر (رهن عينا من رجلين بدين لكل منهما صح وكله رهن عند كل منهما)

(قوله فان هلك) يعنى قبل الافتراق (قوله وبالمسلم فيه فان هلك اى الرهن تم العقد) اى سواء هلك قبل الافتراق او بعده (قوله ولو هلك يهلك مضمونا) اى على الاب وكذا الوصى يضمن للصغير وذكر فى النهاية معزيا الى التمرتاشى وهو الى الكاكى ان قيمة الرهن اذا كانت اكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصى بقدر القيمة لان للاب ان ينتفع بمال الصبي ولا كذلك الوصى وذكر فى الذخيرة والمغنى التسوية بينهما فى الحكم فقال لا يضمنان الفضل لانه امانة وهو وديعة عند المرتهن ولهما ولاية الايداع كذا فى التبيين وتمامه فيه مفرعا (قوله لان عقد الرهن تبرع من جانب الراهن الخ) كذا اعطاه الكفيل وكان ينبغى ذكره ايضا ليتم التعليل للصانعين (قوله قال لبائعه وقد اعطاه شيأ غير المبيع امسك هذا) التقييد بغير المبيع غير احترازى لانه لو قبض المبيع ثم قال له ذلك كان ذلك رهنا بثمنه كما فى التبيين

لان نصفه رهن لاحدهما ونصفه الآخر للآخر لان الرهن أضيف الى جميع العين بصفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه الحبس بالدين وهو لا يتجزأ فصار محبوسا بكل منهما ولا تنافي فيه كما اذا قتل واحد جماعة خطأ أحد أولياء المقتولين واستوفى يكون مستوفيا لنفسه وللباقين بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبي حنيفة لان المقصود منها ايجاب الملك والعين الواحدة لا يتصور كونها ملكا لكل منهما كملا فلا بد من الانقسام وهو ينافي المقصود (وفي تهايئهما كل في نوبته كالعدل في حق الآخر ولو هلك ضمن كل حصته) أي حصة دينه اذ عند الهلاك يصير كل منهما مستوفيا حصته لان الاستيفاء يتجزأ (فان قضى دين أحدهما فكله رهن للآخر) لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما بلا تفرق (رهنا من رجل رهنا بدين عليهما صح الرهن بكله) أي كل الدين (يمسكه) أي المرتهن (الى قبض الكل) أي كل الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل بلا شيوع (بطل حجة كل من شخصين انه رهنه عبده وقبضه) هذه مسئلة مستقلة لا تعلق لها بما سبق يعني اذا أقام كل واحد من رجلين على رجل انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كلا منهما أثبت ببينة انه رهنه كل العبد ولا وجه للقضاء لكل منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل كونه كله رهنا بهذا وكله رهنا بذاك في حالة واحدة ولا للقضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا للقضاء لكل منهما بالنصف للزوم الشيوع فتعين التهاتر (ولو مات راهنه والرهن معهما فبرهن كل كذلك) أي بأنه رهنه عبده وقبضه (كان نصفه) أي نصف العبد (مع كل) منهما (رهنا بحقه) لان حكمه في الحياة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره

﴿باب رهن يوضع عند عدل﴾

سمي به لعدالته في زعم الراهن والمرتهن (وضعاه) أي وضع الراهن والمرتهن الرهن (عنده صح) خلافا لمالك (ولا يأخذه منه) أي الرهن من العدل (أحدهما) لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وأمانته وحق المرتهن به استيفاء فلا يملك أحدهما ابطال حق الآخر (ويضمن) أي العدل (بدفعه اليه) أي دفع الرهن الى أحدهما لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وأحدهما أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي (ويهلك على المرتهن) أي ان هلك الرهن في يد العدل هلك في ضمان المرتهن لان يده يد المرتهن (وكله) أي الراهن المرتهن (أو العدل أو غيرهما ببيعه) أي بيع الرهن (عند حلول الاجل صح) لانه توكيل ببيع ماله (فان شرط) أي التوكيل (في عقد الرهن لم ينعزل) بالعزل وبموت الراهن أو المرتهن (الا بموت الوكيل) سواء كان الوكيل المرتهن أو العدل أو غيرهما واذا مات الوكيل لا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برأيه لا رأي غيره (وله) أي الوكيل (بيعه) أي الرهن (بغيبة ورثته) أي الراهن كما يبيعه حال حياته بغيبته وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لانها لا تبطل بموتهما ولا بموت أحدهما

(قوله بطل حجة كل من شخصين الخ) يعني اذا لم يؤرخا فان أرخا كان صاحب التاريخ الاقدم أولى وكذا لو كان الرهن في يد أحدهما كان أولى كما في التبيين وان كان في يديهما فان علم الاول منهما فهو له وان لم يعلم لم يكن رهنا لواحد منهما قياسا قال في الاصل وبه نأخذ وفي الاستحسان لكل نصفه رهن بنصف حقه كما في النهاية والله أعلم

﴿باب رهن يوضع عند عدل﴾

(قوله خلافا لمالك) كان الاولى أن يذكر خلافا لزفر وابن أبي ليلى أيضا (قوله ويضمن العدل بدفعه اليه) قال في النهاية يضمن القيمة اهـ ولعله فيما اذا لم يكن مثليا اهـ ثم لا يقدر العدل أن يجعل القيمة رهنا في يده لانه مقضي عليه فلا يكون قاضيا كما في النهاية عن الذخيرة اهـ فيأخذانها منه ويجعلانها رهنا عنده أو عند غيره برفع أحدهما الامر الى القاضي ليفعل ذلك كما في شرح الكنز للعيني فان تعذر اجتماعهما رفع العدل أحدهما الى القاضي ولو جعل القيمة في يد العدل وقد ضمنها بالدفع الى الراهن ثم قضى الراهن الدين فهي سالمة للعدل لوصول عين مال الراهن اليه ولا يأخذها المرتهن لوصول حقه اليه وان ضمن العدل القيمة بالدفع الى المرتهن كان للراهن أخذها منه ويرجع العدل بها على المرتهن لو دفع اليه الرهن رهنا بأن قال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك استهلك الرهن أو هلك لدفعه على وجه الضمان وكذا يرجع لدفعه له عارية أو وديعة واستهلكه المرتهن كما في النهاية عن الذخيرة

(ويجبر) أي الوكيل (عليه) أي البيع (ان حل الاجل والراهن غائب) لئلا يتضرر المرتهن وكيفية الاجبار ان يحبسه القاضي أياما ليبيع فان لج بعده فالقاضي يبيعه عليه (كوكيل بالخصومة غاب موكله) حيث يجبر عليها الدفع الضرر (ولو وكل بالبيع مطلقا ثم نهاه عن النسيئة لم يعمل) كذا في الكافي (ولا يبيعه الراهن أو المرتهن الا برضا الآخر) لان لكل منهما حقا في الرهن للراهن حق الملك وللمرتهن حق الاستيفاء (باعه) أي الرهن (العدل) حتى خرج من الرهن (فالثمن رهن مقامه وان لم يقبض) لقيامه مقام المقبوض (فهلكه) أي هلاك الثمن هلاك (على المرتهن) لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون (كذا قيمة عبد رهن قتل) أي اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته صارت رهنا بدل العبد (و) كذا (عبد قتله) أي العبد الرهن (فدفع به) فانه أيضا يكون رهنا بدل العبد المقتول (فان أوفى) أي ان باع العدل الرهن فأوفى (ثمنه) أي ثمن الرهن (المرتهن فاستحق) أي الرهن (ففي الهالك) أي اذا هلك الرهن في يد المشتري قد وقع فيما رأيناه من نسخ صدر الشريعة بدل المشتري المرتهن وكأنه سهو من الناسخ (ضمن المستحق الراهن) قيمة الرهن لانه غاصب في حقه (وصح البيع والقبض) أي قبض الثمن لان الراهن ملكه باداء الضمان (أو ضمن المستحق (العدل) القيمة لانه متعد بالبيع والتسليم (فهو) أي فحينئذ يكون العدل (مخيران شاء ضمن الراهن) قيمة الرهن لانه وكيله فيرجع عليه بما لحقه بالغرور من جهته (وصحا) أي البيع والقبض لانه ملكه بالضمان فتبين انه باع ملك نفسه فلا يرجع المرتهن على العدل بدينه (أو) ضمن (المرتهن ثمنه) الذي أداه اليه اذا تبين بالاستحقاق انه أخذ الثمن بغير حق لان العدل ملك العبد بالضمان (فهو) أي ذلك الثمن (له) أي للعدل لانه بدل ملكه وانما أداه الى المرتهن على ظن ان المبيع ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه (ورجع المرتهن على راهنه بدينه) لان العدل اذا رجع بطل قبض المرتهن الثمن (فيرجع المرتهن على راهنه بدينه) ضرورة (وفي القائم) عطف على قوله ففي الهالك أي اذا كان الرهن قائما في يد المشتري (أخذه) أي المستحق (من مشتريه) لانه وجد عين ماله (ورجع هذا) أي مشتريه (على العدل بثمنه) لانه العاقد وحقوق العقد تتعلق به (ثم) يرجع (هذا) أي العدل (على الراهن به) أي بثمنه لانه الذي أدخله في العهدة بتوكيله فيجب عليه تخليصه (و) اذا رجع عليه (صح قبض المرتهن الثمن) وسلم المقبوض له (أو) يرجع العدل (على المرتهن بثمنه) لان العقد لما انتقض بطل الثمن وقد قبضه المرتهن ثمنا فاذا بطل وجب نقض قبضه ضرورة (ثم) يرجع (هو) أي المرتهن (على الراهن بدينه) لانه

(قوله ويجبر الوكيل عليه) اي البيع ان حل الاجل يعني أو الوكيل المشروط له البيع في عقد الرهن وكذا يجبر لو شرطاه بعد الرهن على الصحيح كما في التبيين (قوله لانه ملكه) اي لان العدل ملك الرهن بالضمان (قوله فلا يرجع المرتهن على العدل بدينه) لعل الصواب أن يقال فلا يرجع المرتهن على الراهن بدينه لانه لا يتوهم الرجوع على العدل ووجه عدم رجوع المرتهن على الراهن انه لما وصل اليه الثمن بتأدية العدل صح اقتضاؤه لان الرهن لما ضمن صار المرتهن قابضا ثمن ملك الراهن فلا رجوع له عليه (قوله اوضمن المرتهن ثمنه) اي ضمن العدل المرتهن ثمن الرهن الذي باعه واداه اليه (قوله فهو اي ذلك الثمن له اي للعدل الخ) اقول تفقها ينبغي ان يرجع العدل بما بقي من ضمانه القيمة على الراهن ايضا لكونه مغرورا من جهته والا يضيع عليه باقي القيمة التي اخذها منه المستحق فلينظر ثم ان المصنف رحمه الله تعالى لم يذكر رجوع المشتري في هذا الشق بل سيذكره فيما لو كان الرهن قائما وهنا لو ان المشتري سلم الثمن بنفسه الى المرتهن لم يرجع على العدل به بل على المرتهن والدين على الراهن على حاله كما في التبيين واقول تفقها ينبغي انه ان سلمه الى العدل يرجع به عليه ثم يرجع العدل به على المرتهن والمرتهن يرجع على راهنه بدينه فان قيل بذلك يصير العدل قد ضمن للمشتري الثمن وللمستحق القيمة فالقيمة يرجع بها على الراهن لانه وكيله والثمن يرجع به العدل على المرتهن والمرتهن يرجع على الراهن بدينه فآل الامر الى استقرار ضمان القيمة والثمن على الراهن فلينظر (قوله وسلم المقبوض له) يعني وبرئ الراهن عن الدين (قوله وفي القائم اخذه من مشتريه ورجع اي مشتريه على العدل) يعني فيما اذا سلم المشتري الثمن بنفسه الى العدل ولو انه سلمه الى المرتهن لم يرجع على العدل به لان العدل في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض منه شيأ فبقي ضمان الثمن على المرتهن والدين على الراهن على حاله كما في التبيين

اذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه فى الدين كما كان فيرجع به عليه (فان لم يشرط) أى التوكيل فى عقد الرهن عطف على قوله فان شرط (بل وكله بعده) يعنى ان ماذكر من التفصيل انما يتأتى اذا شرط التوكيل فى عقد الرهن واما اذا لم يشرط فيه بل وكل الراهن العدل بعد العقد فلحق العدل من العهدة (رجع به العدل على الراهن فقط) أى لا على المرتهن لان التوكيل اذا كان بعد العقد لم يتعلق به حق المرتهن فلا يرجع عليه كما فى الوكالة المجردة عن الرهن بأن وكل انسانا بأن يبيع شيأ ويقضى دينه من ثمنه ففعل ثم لحقه عهدة لم يرجع به على القابض بخلاف الوكالة المشروطة فى الرهن اذا تعلق به حق المرتهن وكان البيع واقعا لحقه وقد سلم له ذلك فجاز أن يلزمه الضمان (قبض المرتهن ثمنه أولا) صورة عدم قبضه ان العدل باع الرهن بامر الراهن وضاع الثمن فى يد العدل بلا تعد منه ثم استحق المرهون فالضمان الذى يلحق العدل يرجع به على الراهن (هلك الرهن مع المرتهن فاستحق وضمن الراهن قيمته هلك بدينه) يعنى اذا استحق الرهن الهالك رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن لان كلا منهما متعد فى حقه بالتسليم أو بالقبض فان ضمن الراهن فقد هلك بدينه لانه ملكه بأداء الضمان فصح الايفاء (وان ضمن المرتهن رجع على الراهن بقيمته) التى ضمنها (وبدينه) أما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن بالتسليم وأما بالدين فلانه انتقض قبضه فيعود حقه كما كان

﴿باب التصرف والجناية فى الرهن﴾

(وقف بيع الراهن) أى اذا باع الراهن بلا اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق المرتهن به فيتوقف على اجازته (ان أجاز المرتهن أو قضى) أى الراهن (دينه نفذ) أما الاول فلان التوقف لحقه وقد رضى بسقوطه وأما الثانى فلان المانع من النفوذ قد زال والمقتضى وهو التصرف الصادر من الاهل* فى المحل موجود (والثمن رهن) فان البيع اذا نفذ باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله (وان فسخ) أى المرتهن عقد الرهن (لم ينفسخ) فى الاصح لان التوقف مع المقتضى للنفاذ انما كان لصيانة حقه وحقه يصان بانعقاده موقوفا (و) اذا بقى موقوفا (صبر المشترى الى فكه أو رفع الامر الى القاضى ليفسخ) أى القاضى العقد بحكم عجز الراهن عن التسليم (باع) أى الراهن الرهن (من رجل ثم) باع (من آخر قبل الاجازة) أى اجازة المرتهن (وقف) البيع (الثانى) على اجازته (أيضا) أى كما وقف الاول فان الاول موقوف والموقوف لا يمنع توقف الثانى (فلو أجازه) أى أجاز المرتهن البيع الثانى (جاز) الثانى لا الاول (ولو باع) الراهن الرهن (ثم أجر) أى الرهن (أو رهن أو وهب من غيره) أى غير المشترى (فأجازها) أى هذه التصرفات من البيع وغيره (المرتهن جاز الاول) وهو البيع (لا البواقى) والفرق بين المسألتين حيث جاز البيع الثانى بالاجازة فى الاولى ولم يجز التصرفات المذكورة بعد البيع فى الثانية سوى البيع مع وجود الاجازة للكل أن للمرتهن فائدة فى البيع لتعلق حقه ببدله بخلاف العقود المذكورة اذ لا بدل له فى الرهن والهبة وما فى الاجارة

﴿باب التصرف والجناية فى الرهن﴾

(قوله ان أجاز المرتهن أو قضى دينه نفذ) أى وينتقل حقه الى ثمنه كما سيذكره المصنف فى الصحيح فيكون محبوسا بالدين كما فى البرهان والتبيين (قوله وان فسخ أى المرتهن عقد الرهن لم ينفسخ) لعل صوابه عقد بيع الرهن (قوله فلو أجازه اى المرتهن البيع الثانى جاز الثانى لا الاول) كذا عكسه كما فى التبيين (قوله فأجازها أى هذه التصرفات) المراد انه لو أجاز ما حصل منها بعد البيع فقوله من البيع وغيره كان ينبغى عدم ذكر البيع لانه ليس من مدخول الاجازة والمسألة من التبيين قال ولو باعه الراهن ثم أجره أو رهنه أو وهبه من غيره فأجاز المرتهن الاجارة أو الرهن أو الهبة جاز البيع الاول دون هذه العقود اه واجازة البيع مقصودة تقدم ذكرها

بدل المنفعة لا العين وحقه في مالية العين لا المنفعة فكانت اجارته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع (وصح اعتاقه) أي اعتاق الراهن الرهن (وتدبيره واستيلاده) لانه تصرف صدر عن الاهل ووقع في المحل فبطل الرهن لفوات محله (فلو) كان الراهن (موسرا طولب بدينه الحال) اذ لا معنى لالزامه قيمة الرهن مع حلول الدين (وفي المؤجل أخذ منه) أي الراهن (قيمته وجعلت رهنا بدله) حتى يحل الدين لتحقق سبب الضمان وفائدة التضمين هي حصول الاستيثاق وبحبسه الى حلول الاجل فاذا حل استوفى حقه اذا كان من جنسه لان الغريم له ان يستوفي حقه من مال غريمه اذا ظفر بجنس حقه فان كان فيه افضل رده لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء وان كانت أقل من حقه رجع عليه بالزيادة لعدم ما يسقطه (ولو) كان الراهن (معسرا في العتق سعى) العبد (للمرتهن في الاقل من قيمته ومن الدين) أي ان كانت القيمة أقل من الدين سعى في القيمة وان كان الدين أقل منها سعى في الدين (ورجع على سيده اذا صار غنيا) لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه (وفي اختيه) يعني التدبير والاستيلاد (سعى) كل من المدبر والمستولدة للمرتهن (في كل الدين بلا رجوع) على سيده لانهما اديا من مال المولى لان كسبهما ماله (واتلافه) أي اتلاف الراهن رهنه (كاعتاقه غنيا) أي ان كان الدين حالا أخذ منه الدين وان كان مؤجلا أخذ قيمته فيكون رهنا الى حلول الاجل (واجنبي أتلفه ضمنه المرتهن) فيأخذ مثله أو قيمته (وكان) أي المأخوذ (رهنا بدله) كما مر (أعاره) أي الرهن (مرتهنه راهنه أو) أعاره (أحدهما) من الراهن والمرتهن (باذن صاحبه آخر) وقبضه (سقط ضمانه) أي ضمان الرهن (حالا) للمنافاة بين يد العارية ويد الرهن (وان) وصلية (بقي الرهن) ولهذا كان للمرتهن أن يسترده الى يده وفرع على قوله سقط ضمانه بقوله (فهلكه) أي الرهن (مع مستعيره) أي مع راهنه (ان كان هو المستعير أو) مع (أجنبي ان كان هو المستعير هلك بلا شيء) لفوات القبض المضمون (ولكل منهما) أي من الراهن والمرتهن (رده) أي رد الرهن المستعار (رهنا) كما كان لان لكل منهما حقا محترما فيه (فان مات الراهن قبله) أي قبل رده الى المرتهن في صورة الاعارة (فالمرتهن أحق به) أي بالرهن (من) سائر (الغرماء) لان العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن قطعا فان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن مع انه غير مضمون بالهلاك واذا بقي الرهن فاذا أخذه عاد الضمان لعود القبض فيه وبصفته (واذا أجر أو وهب أو باع أحدهما باذن الآخر من أجنبي خرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن فالمرتهن أسوة للغرماء) اذ تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن بخلاف الاعارة حيث لم يتعلق بها حق لازم فافترقا (رهن عبدا غصبه ثم اشتراه من مالكه لا ينفذ) الرهن لانه توقف على اجازة المالك فلا ينفذ باجازة غيره ولا يسقط الدين بهلاكه لان ملك الراهن ثبت بعد عقد الرهن بخلاف ما اذا هلك في يد المرتهن واختار المالك تضمين الراهن لانه ملكه بالضمان من وقت الغصب فكان ملك الراهن سابقا

(قوله سعى العبد للمرتهن في الاقل من قيمته ومن الدين) كيفية ذلك أن ينظر الى قيمة العبد يوم العتق ويوم الرهن والى الدين فيسعى في الاقل منهما كما في التبيين (قوله سعى كل من المدبر والمستولدة) قال الزيلعي ثم يقضي بالسعاية الدين ان كان من جنس حقه وكان الدين حالا وان لم يكن من جنس حقه صرف بجنسه ويقضي به الدين وان كان مؤجلا كانت السعاية رهنا عنده فاذا حل الدين قضى بها على نحو ما ذكرنا في الحال (قوله واجنبي أتلفه ضمنه المرتهن فيأخذ مثله أو قيمته) يعني يوم استهلاكه بخلاف ضمانه على المرتهن فانه يعتبر قيمته يوم القبض كما في التبيين والنهاية وكذلك في الهلاك يعتبر قيمته يوم القبض لا يوم هلك كما في النهاية (قوله أعاره أي الرهن مرتهنه راهنه أو اعاره أحدهما) قال في النهاية في استعمال لفظ الاعارة في جانب المرتهن تسمح لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض وهو لم يكن مالكا لها فكيف يملك تمليكها ولكن لما عومل هنا معاملة الاعارة من عدم الضمان وتمكن الاسترداد أطلق اسم الاعارة لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن اه (قوله واذا أجر أو وهب أو باع أحدهما باذن الآخر من أجنبي خرج عن الرهن) قال الزيلعي كذا الوهن المرتهن

على الرهن كذا في القاعدية (مرتهن أذن باستعماله) أي اذن له الراهن بلا طلب منه فبنا على الاستعارة وان كان الرهن عارية (أو استعاره) أي الرهن من راهنه (لعمل ان هلك) أي الرهن (حال العمل) في صورتي الاذن والاستعارة (لم يضمن) أي المرتهن لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان (وفي طرفيه) أي قبل العمل وبعد الفراغ منه (ضمن كالرهن) أي ضمن المرتهن ضمانا كضمان الرهن وهو معلوم (صح استعارة شئ ليرهن) لان المالك رضي بتعلق دين المستعير بماله وهو يملك ذلك كما يملك ان يتعلق بذمته بالكفالة واذا صح (فيرهن) المستعير (بما شاء) من قليل أو كثير لان الاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة (وان عين المعير تقيد بما عينه من قدر) فانه اذا عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه أو أقل لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه وينفي النقصان أيضا لان غرض المعير ان يصير المرتهن مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه ولو رهن باقل منه هلك الباقي أمانة فلا يرجع عليه (وجنس ومرتهن وبلد) فان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالنسبة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ (فان خالف) أي بعد ما اعتبر التقييد ان خالف (المستعير المعير ضمنه) أي المستعير (المعير) لمخالفته (ويتم الرهن) لانه ملكه بالضمان فتبين انه رهن ملك نفسه (أو) ضمن المعير (المرتهن) لانه أيضا متعد فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب (ويرجع) أي المرتهن (بما ضمنه) من القيمة (وبدينه على الراهن) أما رجوعه بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن وأما رجوعه بالدين فلان قبضه انتقض فعاد حقه كما كان (وان وافق) بان رهنه بمقدار ما أمر به (وهلك) أي الرهن (عند المرتهن استوفى) أي المرتهن (كل دينه لو قيمته كالدين أو أكثر) لتمام الاستيفاء بالهلاك (ووجب مثله) أي مثل الدين (للمعير على المستعير) وهو الراهن لانه قضى بذلك القدر دينه ان كان كله مضمونا والا يضمن قدر المضمون والباقي أمانة (لا القيمة) لانه قد وافق فليس بمتعد (وبعض دينه) عطف على كل دينه أي استوفى المرتهن بعض دينه (لو قيمته أقل) من الدين (وباقيه) أي باقي دينه (على الراهن) للمرتهن اذ لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته (لو افتكه المعير) يعني ان المعير اذا أراد ان يقضي دين المرتهن ليفك ملكه على الدين (ليس للمرتهن ان يمتنع عن تسليم الرهن) لان المعير غير متبرع بقضاء الدين لما فيه من تخليص ملكه فصار أداؤه كاداء الراهن فيجبر المرتهن على القبول (ويرجع على الراهن بما ادى ان ساوى الدين القيمة) لانه قضى دينه وهو مضطر فيه فلا يوصف بكونه متبرعا وانما قال ان ساوى لانه ان كان أكثر من القيمة يكون في الزيادة على القيمة متبرعا فلا يرجع بذلك القدر وان كان أقل من القيمة فلا يجبر المرتهن على تسليم الرهن ذكره تاج الشريعة (هلك) أي الرهن (عند الراهن قبل رهنه أو بعد فكه لا يضمن وان) وصلية (تصرف فيه من قبل) بالاستخدام أو الركوب أو نحو ذلك لانه أمين خالف ثم عاد الى الوفاق فلا يضمن خلافا للشافعي (جناية الراهن على

(قوله مرتهن اذن باستعماله) قال في جامع الفصولين فان لم يؤذن له وخالف ثم عاد فهو رهن على حاله اه (قوله ان هلك حال العمل لم يضمن) يعني بان صدقه الراهن ولو اختلفا في وقت الهلاك فادعى المرتهن انه وقت العمل والراهن في غير حال العمل كان القول للمرتهن والبينة للراهن كما في النهاية عن فتاوى قاضيخان وكما في التبيين (قوله وان عين المعير تقيد بما عينه من قدر) بيانه ما قال في الذخيرة لو سمى له شيأ فرهنه باقل من ذلك أو أكثر فالمسئلة على ثلاثة أوجه الاول اذا كانت قيمة الثوب مثل الدين او كانت أكثر من الدين فرهن باكثر من الدين او باقل فانه يضمن قيمة الثوب والثالث ان تكون القيمة أقل من الدين فان زاد على المسمى يضمن قيمة الثوب وان نقص ان كان النقصان الى تمام قيمة الثوب لا يضمن وان كان النقصان اقل يضمن قيمة الثوب اه (قوله لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فلا يضمن) قال في العمادية قال الاستروشني ان المستأجر والمستعير اذا خالفا ثم عادا الى الوفاق لا يبرآن من الضمان على ما عليه الفتوى ثم ذكر العماد ما يقتضي البراءة بالعود الى الوفاق (قوله جناية الراهن على

الرهن مضمونة) لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان (وجناية المرتهن عليه) اي على الرهن (تسقط من دينه) اي المرتهن (بقدرها) اي الجناية لان اتلاف ملك غيره يلزمه ضمانه واذا لزمه وكان الدين قد حل سقط من الضمان بقدره ولزمه الباقي لان ما زاد على قدر الدين من القيمة كان امانة وان ما ضمنه بالاتلاف لا بعقد الرهن فهو بمنزلة الوديعة اذا اتلفها المودع يلزمه الضمان كذا في غاية البيان (وجناية الرهن عليهما او على مالهما هدر) والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال بان كانت الجناية خطأ في النفس او فيما دونها واما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع كذا في النهاية واما كون جنايته على الراهن هدرا فلانها جناية المملوك على مالكه وهي فيما يوجب المال هدر لانه المستحق ولا يثبت الاستحقاق له عليه واما كون جنايته على المرتهن هدرا فلان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير منها لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان مع وجوب التخليص عليه (رهن عبدا يعدل الفا بالف مؤجل فصار قيمته مائة فقتله حر فغرم مائة وحل اجله اخذ مرتهنه المائة من حقه وسقط باقيه) وهو تسعمائة لان نقصان السعر لا يوجب سقوط الدين لانه عبارة عن فتور رغبات الناس بخلاف نقصان العين فاذا كان باقيا ويد المرتهن يد استيفاء صار مستوفيا الكل من الابتداء (ولو باعه بامره بمائة) اي باع المرتهن العبد بامر الراهن بها (وقبضها رجع بما بقي) وهو تسعمائة لان الراهن اذا باعه صار كانه استرده وباعه بنفسه فحينئذ بطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى فكذا ههنا (قتله) اي عبدا (يعدل الفا عبد يعدل مائة فدفع به فكه) اي الرهن (بكل دينه) لان العبد الباقي قائم مقام الاول فصار كان الاول قائم وتراجع سعره (جنى) اي العبد المرهون يعني رهن رجل رجلا عبدا قيمته الف درهم بالف درهم او اقل منه فقتل العبد قتيلا (خطأ فداه مرتهنه) لان ضمان الجناية على المرتهن والعبد كله في ضمانه ودينه مستغرق لرقبته فيقال للمرتهن افد العبد من الجناية فان فداه اصلح رهنه وكان دينه على الراهن بحاله والعبد رهن كما كان (ولم يرجع) اي على الراهن بشيء من الفداء لان العبد كله مضمون وجناية المضمون كجناية الضامن فلو رجع على الراهن رجع الراهن عليه فلا يفيد (ولا يدفعه) اي ليس للمرتهن ان يدفعه الى ولي الجناية لانه لا يملك التمليك (فان ابى) اي امتنع المرتهن من الفداء (دفعه الراهن او فداه فيسقط الدين) اي يقال للراهن ادفع العبد او افده بالدية فان دفع او فدى سقط دين المرتهن واخذ الراهن العبد وبطل الرهن (ان لم يكن) اي الدين (اكثر من قيمة الرهن) بل يكون مساويا او اقل منها واما اذا كان اكثر فيسقط من الدين مقدار قيمة العبد ولا

الرهن مضمونة) اي فتكون كحكم الرهن (قوله واذا لزمه وكان الدين مؤجلا سقط من الضمان بقدره) كذا في نسخة وصوابه وكان الدين حالا اه وهذا اذا كان ما لزمه من جنس دينه واما اذا كان الدين مؤجلا فلا يحكم بالسقوط بمجرد اللزوم بل ما لزمه يحبس بالدين الى حلول الاجل فاذا حل اخذه بدينه ان كان من جنسه والا فهي يستوفي دينه (قوله واما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع) يعني بان كان في النفس لانه لا قصاص بين طرفي حر وعبد وقال في شرح المجمع يقتص من الرهن اذا حضر الراهن ويسقط الدين اه وهذا اذا ثبت بالبينة اما اذا ثبت بالاقرار فلا يشترط حضور سيده (قوله اما كون جنايته على الراهن الخ) هذا كله ظاهر في بيان عدم ضمانهما كذلك يصلح لبيان عدم ضمان مالهما (قوله ولو باعه بامره بمائة) المراد امره بالبيع غير مقيد بمائة فالمائة غير مأمور بها (قوله لان الراهن اذا باعه صار كانه استرده وباعه بنفسه) فيه تأمل ولعل صوابه لان المرتهن اذا باعه باذن الراهن صار كانه اي الراهن استرده وباعه بنفسه (قوله قتله اي عبدا يعدل الفا عبد يعدل مائة فدفع به فكه بكل دينه) يعني يجبر الراهن على فكاك العبد بكل الدين وهو الالف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بدينه ولا شيء عليه غيره وقال زفر يصير رهنا بمائة كذا في التبيين وقال في المواهب المختار قول محمد رحمه الله تعالى (قوله جنى خطأ فداه مرتهنه الخ) هذا اذا كان كله مضمونا وان كان بعضه امانة بان كانت قيمته اكثر من الدين وقد جنى العبد جناية قيل لهما افدياه او ادفعاه بها فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن وان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي ايهما كان ثم اذا فداه الراهن يحتسب على المرتهن حصة المضمون من الفداء من دينه ثم ينظر ان كان حصة المضمون من الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين فاذا كان اقل سقط من الدين بحسابه وكان العبد رهنا بما بقي كما في التبيين

(فصل) (قوله فتخمر وتخلل) يعني فتخمر ثم تخلل كما في الكنز وقال الزيلعي قوله ثم تخلل وهو يساوي عشرة يشير الى ان المعتبر فيه في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه اما مكيل أو موزون وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين وانما يوجب الخيار لفوات مجرد الوصف وفوات شيء من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط شيء من الدين باجماع بين أصحابنا فيكون الحكم فيه انه ان نقص شيء من القدر سقط بقدره من الدين والا فلا اه وحكاه العيني ثم قال قلت القيمة تزداد وتنقص بازدياد القدر ونقصانه اه وفي كلام العيني تأمل لان الكلام في ان نقصان القيمة هل يسقط به شيء من الدين لا في ازدياد القيمة بالزيادة ونقصانها بنقصان القدر اه ويظهر قول الزيلعي بما قال في النهاية هذا اذا لم ينتقص شيء من كيله وأما اذا انتقص شيء من كيله بالتخمر يسقط الدين بقدره لانه ذكر في مبسوط شيخ الاسلام في باب رهن أهل الذمة في هذه المسئلة واذا صار رهنا ذكر في الكتاب انه يبطل من الدين على حساب ما نقص ولم يذكر انه اراد به نقصان القيمة أو نقصان الكيل قالوا والمراد منه نقصان الكيل وذلك لان العصير متى صار خلا بعد ما صار خمرا فانه ينتقص في الكيل شيء فينتقص من الدين بقدره فاما اذا بقي الكيل على حاله وانما انتقصت القيمة فانه لا يسقط شيء من الدين عندهم جميعا اه وللمرتهن أن يخلل العصير اذا صار خمرا وليس للراهن منعه منه بالاسترداد اذا كانا مسلمين ولو كانا كافرين يبقى الرهن جائزا بالخمر لبقاء محلية الرهن في حق الراهن والمرتهن ولو كان الراهن مسلما والمرتهن كافرا فتخمر فسد الرهن فللمرتهن أن يخللها وليس للراهن منعه منه كما لو كانا مسلمين ولو كان الراهن كافرا والمرتهن مسلما فتخمر فله أخذ الرهن والدين على حاله وليس للمسلم تخليلها فصارت المسئلة على اربعة أوجه كما في النهاية عن شيخ الاسلام والامام المحبوبي (قوله وانما لم يبطل لانه بصدد أن يعود بالتخلل) يعني وان صار فاسدا فنفي البطلان لا يستلزم نفي الفساد لانه بالتخمر يفسد الرهن ويملك الحبس للدين في فاسده دون باطله (قوله فهو أي الجلد رهن والرهن به أي بدرهم) هذا اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وان كانت درهمين فكذلك وانما يعرف هذا فيما اذا نظر الى قيمة الجلد وقيمة اللحم يوم الارتهان وذلك بأن ينظر الى قيمة الشاة حية والى قيمتها مسلوخة فالتفاوت قيمة الجلد وهذا فيما اذا كانت قيمة الشاة مثل الدين فأما اذا كانت أكثر منه فيكون الجلد بعضه أمانة بحسابه ثم هذا الذي ذكره محمد ان الجلد يصير رهنا بما يخصه من الدين لا اشكال اذا حصل دبغ الجلد من المرتهن بشيء لا قيمة له بأن تربه أو شمسه فأما اذا حصل بما له قيمة ثبت للمرتهن حق الحبس بما زاد الدبغ فيه كما لو غصب جلد ميتة ودبغه بما له قيمة واذا استحق الحبس بدين حادث وهو ما زاد الدباغ بما له قيمة هل يبطل الرهن الاول أم لا قال الفقيه ابو جعفر فيه قولان أحدهما يبطل ويصير رهنا بقيمة ما زاد الدباغ حتى لو أداها الراهن أخذ الجلد والثاني لا يبطل كما في النهاية عن مبسوط شيخ الاسلام والجامع الصغير للمحبوبي

يسقط الباقي (مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لانه قائم مقامه (فان لم يكن له وصي نصب) أي وصي (ليبيعه) أي نصبه القاضي (رهن الوصي بعض التركة لدين على الميت عند غريم من غرمائه يوقف على رضا الآخرين ولهم رده) لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي لان موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن حكما فأشبه الايثار بالايفاء الحقيقي (فان قضى دينهم) أي دين سائر الغرماء (قبل الرد) أي قبل أن يردوه (نفذ) لزوال المانع وهو حق بقية الغرماء (ولو انفرد الغريم) أي لم يكن للميت الا غريم واحد (جاز) هذا الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي (وبيع في دينه) لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده (واذا ارتهن) أي الوصي (بدين للميت على آخر جاز) لانه استيفاء حكما وهو يملك ذلك وفي رهن الوصي تفصيلات تأتي في كتاب الوصايا

(فصل) (رهن عصيرا قيمته عشرة بها) أي بعشرة (فتخمر وتخلل وهو يساويها) أي العشرة (بقي رهنا بها) أي بالعشرة وكان ينبغي ان يبطل الرهن اذ بالتخمر خرج من كونه صالحا للايفاء اذ لم يبق مالا متقوما وانما لم يبطل لانه بصدد ان يعود بالتخلل ولهذا اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لا يبطل البيع لاحتمال صيرورته خلا فكذا هذا (ورهن شاة كذلك) أي قيمتها عشرة بعشرة (فماتت) بلا ذبح (فدبغ جلدها فساوى درهما فهو) أي الجلد (رهن به) أي بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا أصلح بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود وقيل يعود البيع أيضا (نماء الرهن) كولده ولبنه وصوفه وثمره (للراهن) لتولده من ملكه (ورهن مع أصله) لانه تبع له

والرهن حق لازم فيسري اليه (وهلك مجانا) اى ان هلك هلك بلا شئ لان الاتباع لاقسط لها مما يقابل بالاصل لعدم دخولها تحت العقد مقصودا (وان بقى) اى النماء (وهلك الاصل فكه بقسطه) اى افتكه الراهن بقسطه (بقسم الدين على قيمته) اى قيمة النماء (يوم الفكاك) بالفتح والكسر (وقيمة الاصل) اى اصل الرهن (يوم القبض) لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شئ اذا كان مقصودا كولد المبيع فانه قبل القبض لاحصة له من الثمن فاذا قبضه المشترى وصار مقصودا بالقبض صار له حصة من الثمن (ويسقط من الدين حصة الاصل) اى ما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا (ويفك النماء بحصته) اى ما اصاب النماء افتكه الراهن به (الزيادة تصح فى الرهن) مثل ان يرهن ثوبا بعشرة يساوى عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الاول رهنا بالعشرة (لا الدين) مثل ان يقول الراهن أقرضني خمسمائة اخرى على ان يكون العبد الذى عندك رهنا بالف والفرق ان الاصل المقرر بينهم ان الالحاق باصل العقد انما يتصور اذا كانت الزيادة فى المعقود عليه او المعقود به فالزيادة فى الدين ليست شيأ منهما اما كونها غير معقود عليه فظاهر واما كونها غير معقود به فلوجوده بسببه قبل الرهن بخلاف الرهن فانه معقود عليه لانه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده (رهن عبدا يساوى الفا فدفع مثله) اى عبدا يساوى الفا (رهنا بدله فهو) اى الاول (رهن حتى يرده الى راهنه والمرتهن أمين فى الثانى حتى يجعله مكان الاول) لان الاول دخل فى ضمانه بالقبض والدين فلا يخرج عنه ما بقيا الا بنقض القبض فاذا كان الاول فى ضمانه لا يدخل الثانى فيه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه فاذا زال الاول دخل الثانى فى ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض منه لان يد المرتهن على الثانى يد امانة ويد الراهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة وعينه امانة كما عرفت وقبض الامانة ينوب عن قبض الامانة (ابرأ المرتهن الراهن عن دينه فقبله) اى قبل الراهن الابراء (أو وهبه له فهلك الرهن) فى يد المرتهن بلا منع من صاحبه (هلك مجانا) استحسانا وقال زفر يضمن قيمته للراهن وهو القياس لان القبض وقع مضمونا فبقى كذلك ما بقى القبض وجه الاستحسان ان ضمان الرهن باعتبار القبض والدين لانه ضمان استيفاء وذا لا يتحقق الا باعتبار الدين وبالابراء لم يبق احدهما وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال احدهما ولهذا لو رد الرهن سقط الضمان لعدم القبض وان بقى الدين فكذا اذا ابرأ عن الدين سقط الضمان لعدم الدين وان بقى القبض (ولو استوفاه) اى المرتهن دينه (بالتمام او بعضه بايفاء الراهن او متطوع وشرائه عينا به) اى بالدين (او صلحه عنه) اى عن الدين (على عين او احالته مرتهنه بدينه على آخر فهلك فى يده) اى المرتهن (هلك بالدين) لان نفس الدين لا يسقط بالاستيفاء ونحوه لما تقرر ان الديون تقضى بامثالها لا بانفسها لكن الاستيفاء يتعذر لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاذا هلك الرهن تقرر

(قوله وهلك) يعنى النماء مجانا كذا لو استهلكه باذن المالك بأن قال مهما زاد فكله فلا ضمان عليه ولا يسقط شئ من الدين ويجوز تعليقه بالشرط واذا افتك الرهن قسم الدين على الزيادة المستهلكة والاصل فما اصابه سقط وما اصاب الزيادة أخذه المرتهن من الراهن كما فى التبيين (قوله لا الدين) يعنى ان الزيادة فى الدين لا تصح بمعنى انه الرهن لا يكون رهنا بالزيادة مع الاصل واما نفس الزيادة فصحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الاول جائزة اجماعا (قوله واما كونها غير معقود به فلوجوده بسببه قبل الرهن) يعنى فلوجود الدين بسببه وهو الاستدانة قبل الرهن لانه لو فسخ الرهن يبقى الدين (قوله ويد الراهن يد استيفاء وضمان) صوابه ويد المرتهن فتامل (قوله أبرأ المرتهن الراهن عن دينه فقبله) القبول ليس بشرط فى الابراء لما قال فى جامع الفصولين ابرأ مديونه فسكت يبرأ ولو رد يرتد برده اه

الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني (ورد ما قبض الى من أدى) في صورة
استيفاء الراهن أو المتطوع أو الشراء أو الصلح (وبطلت الحوالة) وهلاك الرهن بالدين
ان بالحوالة لا يسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولهذا يعود
الى ذمة المحيل اذا مات المحتال عليه مفلسا (كذا) أي كما يهلك الرهن بالدين في
الصور المذكورة يهلك به أيضا (اذا هلك بعد تصادقهما على ان لا دين) لان الرهن
مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود وقد بقيت الجهة
لاحتمال ان يتصادقا على قيام الدين بعد تصادقهما على عدم الدين بخلاف الابراء
لانه سقط به

﴿كتاب الغصب﴾

أورده عقيب كتاب الرهن لان في الاول حبسا شرعيا وفي الثاني حبسا غير شرعي
(هو) لغة أخذ الشيء من الغير بالتغلب متقوما أو لا يقال غصب زوجة فلان وخمر
فلان وشرعا (أخذ مال) هو بمنزلة الجنس (متقوم) احتراز عن الخمر (محترم)
احتراز عن مال الحربي فانه غير محترم (من يد مالكه بلا اذنه) احتراز عن أخذه
من يد المالك باذنه واشارة الى ان ازالة يد المالك معتبرة في الغصب عندنا
وعند الشافعي هو اثبات يد العدوان عليه وثمرة الخلاف تظهر في زوائد المغصوب
كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لعدم ازالة اليد وعنده
مضمونة لاثبات اليد فالحاصل ان المعتبر في الغصب عندنا ازالة اليد المحقة
واثبات اليد المبطلة وعند الشافعي المعتبر هو الثاني فقط (لا خفية) احتراز عن
السرقة (فاستخدام العبد وتحميل الدابة) أي وضع الحمل عليها (غصب) لوجود
ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة فيهما (لا جلوسه على البساط) لعدم ازالة اليد
بالاستيلاء اذ لم يوجد منه النقل والتحويل والبسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في
الاستعمال فلم يكن آخذا عن يده (وحكمه الاثم لمن علم) انه مال الغير (ورد العين
قائمة والغرم هالكة ولغيره) أي لغير من علم (الاخيران) لانه حق الغير فلا يتوقف
على علمه ولا اثم لانه خطأ وهو مرفوع بالحديث (ويجب المثل في المثلي) كالمكيل
والموزون والعددي المتقارب لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم
الآية المراد بالمثلي ما يوجد له مثل في الاسواق بلا تفاوت بين اجزائه يعتد به وما
لا يكون كذلك فهو قيمي ثم المثلي قد يكون مصنوعا بحيث تخرجه الصنعة عن
المثلية بجعله نادرا بالنسبة الى أصله كالقمقمة والقدر والابريق فيكون قيميا وقد
يكون مصنوعا بحيث لا تخرجه الصنعة عن المثلية لبقاء كثرته وعدم تفاوته
كالدراهم المضروبة والدنانير (فان انقطع) أي المثل (فقيمته يوم الخصومة)
وعند أبي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع
التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب لانه هو الموجب ولمحمد ان
الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم
الانقطاع ولابي حنيفة أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى أن يوجد
مثله فله ذلك وبقضاء القاضي ينتقل فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء (و) تجب

﴿كتاب الغصب﴾

(قوله يقال غصب زوجة فلان وخمر
فلان) أتى بذكر المثالين ليبين انه لا فرق
بين ما اذا كان مالا وليس بمتقوم كالخمر
أو ليس بمال أصلا كالزوجة (قوله
احتراز عن مال الحربي) كذا في النهاية
والتبيين لكن مع زيادة كونه في دار
الحرب) قوله ويجب المثل في المثلي
كالمكيل والموزون) قال في النهاية ذكر
في المغني والذخيرة أن مشايخنا استثنوا
من الموزونات الناطف النبزر بتقديم
الزاي والدهن المربى فقالوا بضمان
القيمة فيهما لان الناطف يتفاوت
بتفاوت البزر وكذلك الدهن المربى اه
(قوله فان انقطع) أي المثلي قال في النهاية
عن الذخيرة حد الانقطاع ما ذكره
الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله ان لا يوجد
في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد
في البيوت

(قوله فان ادعى الهلاك) يعني بعد ما أقر وشهدوا عليه باقراره بالغصب وكذا لو شهدوا على معاينة فعل الغصب على الاصح وتكون هذه الدعوى والشهادة صحيحة للضرورة لامتناع الغاصب عادة من احضار المغصوب وحين الغصب انما يتأتى من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف المغصوب فيسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل العذر كما في النهاية (قوله حبس حتى يعلم) يعني القاضي لا يعجل بالقضاء وليس لمدة التلوم مقدار بل ذلك موكول الى رأى القاضي وهذا التلوم اذا لم يرض المغصوب منه بالقضاء بالقيمة له وأما اذا رضى بذلك أو تلوم القاضي فان اتفقا على قيمته على شئ أو اقام المغصوب منه البينة على ما يدعى من قيمته اقضى بذلك قوله ثم قضى عليه بالبدل) هذا على ما ذكره في الاصل أن القاضي يتلوم رجاء ان يظهر

(القيمة في القيمي) كالعروض والحيوانات والعددي المتفاوت (يوم غصبه) لانه مطالب بالقيمة حين غصبه فيعتبر قيمته عند ذلك (فان ادعى) أى الغاصب (الهلاك حبس حتى يعلم أنه) أى المغصوب (لو بقي لظهر ثم قضى عليه بالبدل) لان حق المالك ثابت في العين فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه أنه صادق كما اذا ادعى المديون الافلاس (برهن) أى المالك (انه مات عند غاصبه وقال الغاصب) أى برهن انه مات عند مالكه (فبينته) أى الغاصب (اولى عند محمد) لان وجوب الضمان بالغصب ثابت ظاهرا واثبات الرد عارض والبينة لمن يدعى خلاف الظاهر (وبينة المالك أولى عند أبي يوسف) لان حاصل اختلافهما في الضمان وفي بينته اثباته (وهو) أى الغصب انما يتحقق (فيما ينقل) ويحول لما عرفت انه ازالة المال عن يد مالكه باثبات اليد عليه ولا يمكن تحقيقه الا في المنقول لا العقار الذي لا ينقل ولا يحول (فلو اخذ عقارا وهلك في يده) بان غلب السيل على الارض فبقيت تحت الماء أو غصب دارا فهدمت بآفة سماوية او جاء سيل فذهب بالبناء (لم يضمن) لانتفاء شرطه وهو الغصب (قيل) قائله عماد الدين والاستروشني في فصوليهما (الاصح أنه يضمن بالبيع والتسليم وبالجحود في الوديعة) يعني اذا كان العقار وديعة عنده فجحد كان ضامنا بالاتفاق (وبالرجوع عن الشهادة) بان شهدا على رجل بالدار ثم رجعا بعد القضاء ضمنا (وضمن فيهما) أى في العقار والمنقول (ما نقص) مفعول ضمن (بفعله) متعلق بقوله نقص (وسكناه) هذا بيان الضمان في العقار العبارة الصادرة عن المشايخ ههنا ما ذكرنا وبين شراح الهداية وغيرهم الفعل بالهدم والسكنى بالسكنى المخصوصة وهي أن تكون مقارنة بعمل يفضي الى انهدام البناء كالحدادة والقصارة حتى قالوا في شرح قول الهداية ويدخل فيما قاله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله انما قيد بعمله لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصب وسكن فيها الا بسكناه وعمله بل بآفة سماوية فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف فظهر ان مرادهم بيان سببي النقص الاول ما يوجبه ابتداء وهو الهدم والثاني ما يفضي اليه بالآخرة وهو السكنى الخاصة وقد

المغصوب وذكر في السير ان الغاصب اذا غيب المغصوب فان القاضي يقضي عليه بالقيمة من غير تلوم فقيل ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر في السير جواب الجواز معناه لو قضى في الحال جاز وما ذكر في الغصب جواب الافضل يعني الافضل التلوم وقيل في المسئلة روايتان كذا في النهاية (قوله أى برهن انه مات عند مالكه) يعني بعد الرد (قوله وهو فيما ينقل ويحول) ويتحقق في المنقول بالنقل ولا يتحقق بدونه لكن ما لم يتصرف فيه تصرف الملاك فاذا تصرف قيل يكون غاصبا بدون النقل لانه ذكر في الذخيرة والمغني انه اذا ركب دابة رجل حال غيبته بغير أمره ثم نزل عنها وتركها في مكانه ذكر في آخر كتاب اللقطة أن عليه الضمان وذكر الناطفي في واقعاته فيه اختلاف الروايات ثم قال والصحيح انه لا يضمن على قول ابي حنيفة رحمه الله لان غصب المنقول لا يتحقق بدون النقل كما في النهاية (قوله قيل قائله عماد الدين الخ) تعبيره بقيل ربما يشعر بالضعف وليس في كلام الفصول ثم قوله الاصح انه يضمن بالبيع والتسليم وبالجحود في الوديعة يفيد الاختلاف فيه وما قاله في جامع الفصولين يضمن بالبيع بالاتفاق والعقار يضمن بالانكار عند أبي حنيفة حتى لو اودع رجلا وجحد الوديعة هل يضمن فيه روايتان ايضا عن ابي حنيفة والاصح ان العقار يضمن بالبيع والتسليم ويضمن ايضا بالجحود اه يفيد أوله انه لا خلاف فيه وآخره ان فيه خلافا اه ثم قول المصنف يعني اذا كان العقار وديعة عنده فجحد كان ضامنا بالاتفاق اه يفيد انه لا خلاف في مسئلة الوديعة وكلامه متناقض مشعر بالخلاف وليس دعوى الاتفاق الا في مسئلة البيع على ما يقتضيه اول كلام جامع الفصولين وان كان آخره يقتضي الخلاف

غير صاحب الوقاية هذه العبارة فقال وما نقص بفعله كسكناه فلزم عليه أن السكنى
ان قيدت بالعمل الموهن لم يبق للسبب الاول أعني الهدم تعرض والا لزم كون
السكنى المجردة عن العمل الموهن سببا للضمان وقد عرفت ان الدار مع السكنى اذا
انهدمت بآفة سماوية لا يجب فيها الضمان وعندي نسخة منقولة من خط المصنف
وكانت العبارة المكتوبة فيها اولا كما في الهداية وغيرها ثم غيرها وتبعه صدر
الشريعة والصواب ما يوافق الهداية (وزرعه) فان الارض المغصوبة اذا نقصت
بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض (أو باجارة عبد غصبه) عطف على بفعله
وبيان للضمان في المنقول أي ضمن أيضا ما نقص باجارة عبد غصبه فحصل له في
مدة الاجارة نقص بسبب استغلاله (بخلاف المبيع) يعني اذا انتقص شيء من قيمة
المبيع في يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشتري لا يضمن البائع شيئا
لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الثمن وان فحش النقصان (وتراجع السعر اذا رد في
مكان الغصب) يعني اذا رد الغاصب المغصوب الى مالكه بعد نقصان السعر فان
كان الرد في مكان الغصب فلا ضمان عليه لان تراجعه بفتور الرغبات لا بفوات
جزء وان لم يكن فيه يخير المالك بين أخذ القيمة وبين الانتظار الى الذهاب الى ذلك
المكان ليسترده لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان
فكان له ان يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله ان ينتظر (وتصدق باجره) عطف
على ضمن اي اذا غصب عبدا مثلا وآجره واخذ أجرته فنقصه بالاستعمال وضمن
ما نقص تصدق باجرته عند ابي حنيفة ومحمد وأصله ان الغلة للغاصب عندنا
خلافا للشافعي لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد والعاقد هو الغاصب فهو الذي جعل
منافع العبد مالا بعقده فكان هو اولى ببدلها ويؤمر ان يتصدق بها لاستفادتها
ببدل خبيث وهو التصرف في مال الغير (واجر مستعاره) أي اذا استعار شيأ وآجره
واخذ أجره ملكه ويجب عليه تصدقه لما ذكر (وربح) أي تصدق أيضا بربح
(حصل بالتصرف في مودعه ومغصوبه متعينا بالاشارة أو بالشراء بدراهم الوديعة
او الغصب ونقدها فان أشار اليها ونقد غيرها أو الى غيرها أو اطلق ونقدها لا) يعني
ان المودع او الغاصب اذا تصرف في الوديعة أو المغصوب وربح يتصدق به عند أبي
حنيفة ومحمد وهذا واضح فيما يتعين بالاشارة اليه كالعروض ونحوها لان العقد
يتعلق به حتى لو هلك قبل القبض يبطل البيع فيستفيد الرقبة والبدل في المبيع
بملك خبيث فيتصدق به أما فيما لا يتعين كالدراهم والدنانير فقد ذكر في الجامع
الصغير اذا اشترى بها فانه يتصدق بالربح فظاهر هذه العبارة يدل على انه اراد به
اذا أشار اليها ونقد منها وأما اذا أشار اليها ونقد من غيرها أو اطلق ونقد منها واشار
الى غيرها ونقد منها ففي كل ذلك يطيب له لان الاشارة اليها لا تفيد التعيين
فيستوي وجودها وعدمها الا اذا تأكد بالنقد منها وبه كان يفتي الامام أبو الليث
وفي الكافي قال مشايخنا لا يطيب بكل حال ان يتناول من المشتري قبل ان يضمن

(قوله فلزم عليه ان السكنى ان قيدت بالعمل الموهن لم يبق للسبب الاول اعني الهدم تعرض الخ) قال الشيخ العلامة على المقدسي
رحمه الله اقول يمكن ان نختار الاول وهو التقييد ويفهم وجوب الضمان بالهدم بالدلالة لانه اذا كان العمل الذي لا يقصد به
الانهدام يوجب الضمان فالهدم بطريق
الاولى ان يوجب فتأمل اه (قوله
وزرعه) اختلفوا في تأويل نقصان الارض
به قال نصير بن يحيى رحمه الله انه ينظر بكم
تستأجر قبل استعمالها وبكم بعده
فتفاوت ما بينهما نقصانها وقال محمد بن
سلمة رحمه الله ينظر بكم تشترى قبل
استعمالها وبكم تشترى بعده فتفاوت
ما بينهما نقصانها قيل رجع محمد بن سلمة
الى قول نصير كذا في النهاية وقال في
التبيين وهو يعني قول محمد بن سلمة
الاقيس لان العبرة لقيمة العين دون
المنفعة اه (قوله اي ضمن ما نقص
باجارة عبد غصبه) كذا لو استعاره فأجره
لانه يصير به غاصبا والمراد نقصان العين
لا القيمة بتراجع السعر كما سيذكره
(قوله بخلاف المبيع الخ) الفرق بين
الغصب والبيع أن الاوصاف لا تضمن
بالعقد بل بالفعل فاذا لم يضمن في البيع
ليس للمشتري الا الخيار (قوله وتصدق
بأجره الخ) هذا عندهما وقال أبو يوسف
لا يتصدق به وقال الزيلعي كان ينبغي ان
يتصدق بما زاد على ما ضمن عندهما
لا بالغلة كلها (قوله اما فيما لا يتعين
كالدراهم والدنانير الخ) كذا ذكر
الزيلعي هذا التقسيم عن الكرخي على
اربعة أوجه وذكر الاختيار المذكور
أيضا ثم قال واختار بعضهم الفتوى بقول
الكرخي في زماننا لكثرة الحرام اه
ولعله أراد بالبعض الفقيه السمرقندي
اه والاختلاف بينهم في التصدق فيما
اذا صار بالتقلب من جنس ما ضمن بأن
ضمن دراهم مثلا وصار في يده من بدل
المضمون دراهم وان كان من غيرها كطعام وعروض لا يجب عليه التصدق بالاجماع كما في التبيين

وبعد الضمان لا يطيب له الربح بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة (آجره) أي الغاصب (فاجاز مالكه في المدة فعند أبي يوسف أجر ما مضى قبل الاجازة وما بقي لمالكه) لان الغاصب فضولي في حق مالكه (وعند محمد أجر ما مضى لغاصبه) لانه العاقد (وما بقي لمالكه) لانه فضولي في حق مالكه (كذا) أي على هذا الخلاف (لو آجره فاستحق في المدة واجاز المستحق) لانه كالمالك (غصب) أي رجل (مالا وغيره) أي المغصوب (بفعله) احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه أو الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه (فزال اسمه ففات أعظم منافعه) احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فان ملك مالكها لم يزل بالذبح المجرد اذ لم يزل اسمها حيث يقال شاة مذبوحة ولم يقل واعظم منافعه لان من قاله قصد تناوله الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة ونحوها تزول بالطحن ولا حاجة اليه لان قوله زال اسمه مغن عنه لانه يلزمه (أو اختلط) أي المغصوب (بملك الغاصب ولم يتميز أصلا) كاختلاط بره ببره أو شعيره بشعيره (أو) لم يتميز (الا بحرج) كاختلاط بره بشعيره أو العكس (ضمنه) أي الغاصب المغصوب (وملكه) أما الضمان في صورة التغيير وزوال الاسم فلكونه متعديا وأما الملك فلانه أحدث صنعة متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها أو شيها وكذا قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا واحداثها صير حق المالك هالكا من وجه حتى تبدل الاسم وفات أعظم المنافع وحق الغاصب في الصنعة قائم من كل وجه فيكون راجحا على المالك من وجه على ما تقرر في الاصول أن ضربي الترجيح اذا تعارضا كان الرجحان في الذات أحق منه في الحال وأما الضمان في الاختلاط فلكونه متعديا فيه أيضا وأما الملك فلئلا يجتمع البدلان في ملك المغصوب منه (بلا حل) متعلق بملكه (قبل الرضا) أي رضا المالك اما باداء بدله أو ابرائه أو تضمين القاضي وهذا استحسان والقياس الحل لان ملكه ثبت بكسبه والملك مجوز للتصرف بلا توقف على رضا غيره ولهذا لو وهبه أو باعه صح وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم في الشاة المذبوحة المصلية بلا رضا صاحبها أطعموها الاسرى فافاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في البيع الفاسد (كذبح شاة وطبخها او شيها او طحن بر او زرعه وجعل حديد سيفا والبناء على ساجة) وهي شجر عظيم جدا لا تنبت الا ببلاد الهند (وان ضرب الحجرين درهما او دينارا او اناء فلمالكه بلا شئ) لان العين باقية من كل وجه ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا وهما باقيان حتى يجري فيه الربا باعتبارهما (ذبح شاة غيره طرحها) أي ذلك الغير شاته (عليه) أي الذابح (واخذ قيمتها أو اخذها) أي الشاة المذبوحة يعني ان المالك مخير ان شاء ضمنه قيمتها وسلم الشاة اليه وان شاء اخذها (وضمن نقصانها) لانه اتلاف من وجه لفوات بعض المنافع كالحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم وان كانت الدابة غير مأكولة اللحم فقطع الغاصب طرفها

(قوله ولم يقل واعظم منافعه الخ) على هذا كان ينبغي ان لا يذكر ما قدمه بقوله ففات أعظم منافعه وان كان شرحا (قوله والبناء على ساجة) بالجيم والساحة بالحاء المهملة يأتي ذكرها والحكم بزوال ملك مالكها اذا كانت قيمة بناء الغاصب عليها أكثر من قيمتها والا فلا كما في النهاية والتبيين وقال في الذخيرة لم يذكر في الاصل ما اذا اراد الغاصب أن ينقض البناء ويرد الساحة مع انه تملكها بالضمان هل يحل له ذلك وهذا على وجهين ان كان القاضي قضى عليه بالقيمة لا يحل له نقض البناء واذا نقض لم يستطع رد الساحة وان لم يقض اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا يحل وبعضهم قالوا لا يحل لما فيه من تضييع المال من غير فائدة كذا في النهاية واذا كانت قيمة الساحة والبناء سواء فان اصطلحا على شئ جاز وان تنازعا يباع البناء عليهما ويقسم الثمن بينهما على قدر مالهما كذا في البزازية

يضمنه المالك جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه (كذا لوخرق ثوبا وفوت بعضه وبعض نفعه) يعني ان المالك مخير فيه أيضا ان شاء ضمن الغاصب كل قيمة ثوبه وكان الثوب للغاصب وان شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لما ذكر (ولو) فوت (كله ضمن) أي الغاصب (كلها) أي كل القيمة (وفي) خرق (يسير نقصه بلا تفويت شئ منه ضمن ما نقص) وأخذ رب الثوب ثوبه لان العين قائمة من كل وجه (بنى في أرض غيره او غرس قلعا) أي البناء والغرس (وردت) لان الارض لا تغصب حقيقة فيبقى فيها حق المالك كما كان والغاصب جعلها مشغولة فيؤمر بتفريغها كما لو شغل ظرف غيره بطعامه (وللمالك) أي الارض (ان يضمن له) أي للباني أو الغارس (قيمتهما) أي قيمة البناء والغرس (ان نقصت) أي الارض (به) أي بالبناء أو الغرس وبين طريق معرفة قيمتها بقوله (فتقوم) أي الارض (بدونهما) أي بدون البناء والغرس (ومع أحدهما) حال كونه (مستحق القلع فيضمن الفضل) فان قيمة الشجر والبناء المستحق القلع أقل من قيمته مقلوعا فقيمة المقلوع اذا نقصت منها أجرة القلع كان الباقي قيمة الشجر المستحق القلع فاذا كانت قيمة الارض مائة وقيمة الشجر المقلوع عشرة وأجرة القلع درهما بقي تسعة دراهم فالارض مع هذا الشجر تقوم بمائة وتسعة دراهم فيضمن المالك التسعة (هذا اذا كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء أو الغرس واذا عكس فللغاصب أن يضمن له قيمة الساحة فيأخذها) أي الساحة كذا في النهاية (حمر الثوب) الذي غصبه (أو صفر او لت السويق) الذي غصبه (بسمن) فالمالك بالخيار ان شاء (ضمنه) أي الثوب حال كونه (ابيض) يعني أخذ منه قيمة ثوب أبيض (ومثل سويقه) وسلمه الى الغاصب لانه من المثليات (او اخذهما) أي الثوب والسويق (وضمن ما زاد الصبغ والسمن) لان الصبغ مال متقوم كالثوب وبغصبه وصبغه لا يسقط حرمة ماله ويجب صيانتهما ما امكن وذا في معنى ايصال مال أحدهما اليه وابقاء حق الآخر في عين ماله وهو فيما قلنا من التخيير الا انا أثبتنا الخيار لرب الثوب لانه صاحب أصل والغاصب صاحب وصف (وان سود) أي الغاصب (ضمنه) أي المالك (ابيض او اخذه ولا شئ للغاصب) من أجر التسويد لانه نقص

(فصل) (غيب) أي الغاصب (ما غصب وضمن قيمته ملكه) أي الغاصب ملكا (مستندا) الى وقت الغصب وقال الشافعي لا يملكه لان الغصب تعد محض فلا يكون موجبا للملك لانه حكم شرعي فيستدعي سببا مشروعا ولنا أن المالك ملك بدل المغصوب بكماله أي رقبة ويدا فوجب أن يخرج المغصوب عن ملكه لئلا

(قوله كذا لو خرق ثوبا وفوت بعضه وبعض نفعه) لفظ الثوب محتمل لما يلبس كالقميص وهو ظاهر ولما لا يلبس كالكرباس كذا في النهاية وانما عبر بما ذكر اكتفاء بالصحيح في معرفة الخرق الفاحش لان المتأخرين اختلفوا في الحد الفاصل بين الفاحش واليسير بعضهم قالوا ان أوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فهو فاحش وان دون ذلك فهو يسير وقال بعضهم ان أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما دونه يسير وقال بعضهم الفاحش ما لا يصلح لثوب ما واليسير ما يصلح وقال شيخ الاسلام ما ذكر من التحديد من هذه الوجوه الثلاثة لا يصح وذكر وجهه في النهاية ثم قال فالصحيح ما قال محمد ان الخرق الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة بأن فات جنس المنفعة وبقي بعض العين وبعض المنفعة واليسير من الخرق ما لا يفوت به شئ من المنفعة وانما يفوت جودته ويدخل بسببه نقصان في المالية اه لكن يتأمل في تفسير فوات بعض المنفعة بفوات جنس المنفعة ولعل المراد يظهر بقول الزيلعي والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة اه بقراءة وجنس المنفعة بالجر عطفا على المضاف اليه وهو العين فيكون العامل فيه لفظ بعض لقوله بعده ويبقى بعض العين وبعض المنفعة (قوله وفي خرق يسير الخ) قال الزيلعي وليس له غير الرجوع بالنقصان لان العين قائمة من كل وجه وانما دخله عيب اه وهذا اذا قطع الثوب قميصا ولم يخطه فان خاطه ينقطع حق المالك عندنا كذا في النهاية عن الذخيرة (قوله هذا اذا كانت قيمة الساحة) هو بالحاء المهملة والتقييد ذكره في النهاية ثم قال وهذا أي التقييد بما ذكر أقرب في مسائل حفظت عن محمد رحمه الله تعالى لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة الغير الخ (قوله لانه صاحب أصل والغاصب صاحب وصف) كذا الخيار ثابت لصاحب السويق اذ هو أصل يجتمع والسمن تبع (قوله وان سود الخ) مروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما هو زيادة كالحمرة وهو اختلاف عصر وزمان فالمعتبر الزيادة والنقص (فصل) (قوله ملكه ملكا مستندا الى وقت الغصب) الاستناد ليس من كل وجه اذ لا يملك الولد

(قوله والازم ثبوت الملك بلا مالك) الاولى أن يعلل بأنه لما تعذر رد العين وقضى بالقيمة عند العجز بطريق الجبران ثبت الملك به للغاصب شرطا للقضاء بالقيمة اهـ لانه قد يوجد الملك بلا مالك كسدنة الكعبة المشرفة (قوله الا ان يبرهن المالك) قال في النهاية ولا يشترط في دعوى المالك ذكر أوصاف المغصوب بخلاف سائر الدعاوى وينبغي أن تحفظ هذه المسئلة اهـ (قوله وان برهن المالك قبل والاصدق الغاصب بيمينه في نفي الزيادة) يشير الى عدم قبول بينة الغاصب وبه صرح في النهاية قال لا تقبل لانها تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل قال بعض مشايخنا ينبغي أن تقبل بينة الغاصب لاسقاط اليمين عن نفسه كالمودع على رد الوديعة وكان القاضي أبو علي النسفي رحمه الله تعالى يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين مسئلة الوديعة وبين هذه وهو الصحيح اهـ (قوله فان ظهر أي المغصوب وهي أي قيمته أكثر الخ) كذا الخيار للمالك ان ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمن الغاصب أو أقل وقد ضمن بقوله في ظاهر الرواية وهو الاصح كما في النهاية والتبيين وللغاصب حبس العين حتى يأخذ القيمة (قوله أو نكول الغاصب) أي عن الحلف بأن القيمة ليست كما يدعي المالك (قوله وما نقصت الجارية بالولادة الخ) هذا لو بقيت فان ماتت وبالولد وفاء بقيمتها ففي هذه المسئلة ثلاث روايات عن الامام رحمه الله تعالى يبرأ برد الولد يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام وفي ظاهر الرواية عليه رد قيمتها يوم الغصب كاملة كما في النهاية عن المبسوط (قوله فردت حاملا فولدت فماتت ضمن قيمتها) يعني ماتت بسبب الولادة لا على فورها ولذا قال في النهاية قيد بالموت في نفاسها ليكون الموت في أثر الولادة اهـ وقال قاضيخان وماتت في الولادة أو في النفاس فان على قول أبي حنيفة ان كان ظهر الحبل عند المولى لاقل من ستة أشهر من وقت رد الغاصب ضمن قيمتها يوم الغصب اهـ وقال في المواهب عليه قيمتها يوم العلوق عند أبي حنيفة وقالا عليه نقص الحبل على الاصح اهـ (قوله الا أن يكون وقفا أو مال يتيم) كذا اذا كان معدا للاستغلال بأن بناه لذلك أو اشتراه له فانه يضمن المنفعة الا اذا سكن بتأويل ملك أو عقد كبيت سكنه أحد الشريكين كما في الاشباه والنظائر اهـ وينظر ما لو عطل المنفعة هل يضمن الاجرة كما لو سكن

يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ووجب أن يدخل في ملك الغاصب والا لزم ثبوت الملك بلا مالك (وصدق) أي الغاصب (في قيمته) أي المغصوب (بيمينه ان لم يبرهن المالك للزيادة) يعني ان ادعى المالك زيادة قيمة المغصوب وانكرها الغاصب فان برهن المالك قبل والاصدق الغاصب بيمينه في نفي الزيادة كما في سائر الدعاوى (فان ظهر) أي المغصوب (وهي) أي قيمته (أكثر) مما ضمن الغاصب (وقد ضمن بقوله) مع يمينه (أخذه) أي المغصوب (المالك ورد عوضه أو امضى) أي المالك (الضمان) لان رضاه بهذا القدر لم يتم حيث ادعى الزيادة وانما أخذ دونها لعدم البينة (ولو) ضمن الغاصب (بقول مالكه أو بحجته) أي بحجة مالكه (أو بنكول الغاصب فهوله) أي للغاصب (ولا خيار للمالك) لانه رضي بالمبادلة بهذا القدر حيث ادعى هذا القدر فقط (نفذ بيع غاصب ضمن بعد بيعه لا اعتاقه كذلك) أي اذا ضمن بعد الاعتاق لان الملك الثابت للغاصب ناقص لثبوته مستندا والثابت مستندا ثابت من وجه دون وجه والملك الناقص يكفي لنفاذ البيع دون العتق (زوائد المغصوب مطلقا) أي سواء كانت متصلة كالسمن والحسن أو منفصلة كالولد والثمر (لا تضمن الا بالتعدي أو المنع بعد الطلب) لانها أمانة وحكمها هذا (وما نقصت الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها) أي اذا ولدت الجارية المغصوبة ولدا كان النقصان مضمونا على الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد ويسقط ضمانه عن الغاصب والا فيسقط بحسابه (زنى بأمة غصبها فردت حاملا فولدت فماتت ضمن قيمتها) لانه لم يردها كما أخذها لانه أخذها ولم ينعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فصار كما اذا جنت جناية في يد الغاصب فقتلت بها أو دفعت بها بعد الرد فانه يرجع بقيمتها على الغاصب كذا هذا (بخلاف الحرة) يعني اذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت فماتت في نفاسها فانها لا تضمن بالغصب ليبقى عند فساد الرد ضمان الاخذ (زنى بها) أي بأمة غصبها (واستولدها) أي حبلت منه (فادعى ثبت النسب) بعد ارضاء المالك لان التضمين ممن له حق التضمين أورث شبهة والنسب يثبت بها كما لو زفت له غير امرأته (والولد رقيق) لان الحرية لا تثبت بالشبهة كذا في الكافي (المنافع) كركوب الدابة وسكنى الدار واستخدام المملوك (لا تضمن بالغصب والاتلاف) صورة غصب المنافع أن يغصب عبدا مثلا ويمسكه شهرا ولا يستعمله ثم يرده على سيده وصورة اتلاف المنافع أن يستعمل العبد شهرا ثم يرده على سيده كذا في الكافي (بل) يضمن (ما ينقص باستعماله) فيغرم النقصان (الا أن يكون) أي المغصوب استثناء من قوله لا يضمن (وقفا أو مال يتيم) فان منافعهما تضمن كذا في

(قوله ولا يضمن خمر المسلم وخنزيره) شامل لما لو كان المتلف لهما ذميا وكذا لا يضمن الزق بشقه لاراقة الخمر على قول أبي يوسف وعليه الفتوى كما في البرهان (قوله بخلاف ما للذمي) فيضمن باتلاف خنزيره القيمة مطلقا والخمر المثل لو المتلف ذميا وقيمته لو مسلما لكن قال في القنية نقلا عن الروضة اشترى مسلم خمرا من ذمي فأتلفها لم يضمن ولو غصبها منه فأتلفها يضمن ثم رقم للروضة والمحيط وقال اشترى خمرا من ذمي فشربها فلا ضمان عليه ولا ثمن اه (قوله ولو أتلفها ضمن) أي مثل الخل وقيمة الجلد مدبوغا بالاجماع كما في النهاية ثم قال وقيل طاهرا غير مدبوغ وأكثرهم على أنه يضمن قيمته مدبوغا ثم قال وذكر في الايضاح والذخيرة قال القدوري لو أن الغاصب جعل هذا الجلد أديما أو ورقا ودفترا أو جرابا أو فروا لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل فان ذكيا فله قيمته يوم الغصب وان ميتة فلا شئ عليه اه (قوله ولو خللها بمتقوم كالملح ملكه ولا شئ للمالك عليه) قال في النهاية في هذه المسئلة اختلاف المشايخ منهم من قال مثل ما ذكره المصنف ومنهم من جعلها مثل ما لو تخللت بنفسها فيضمنها بالاستهلاك اه وبقيت صورة من صور التخليل وهي ما لو صب فيها خلا فتخللت واختلف فيها أيضا قال بعضهم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يكون للغاصب بغير شئ سواء صارت خلا من ساعته أو بمرور الايام وعلى قولهما ان بمرور الايام كان بينهما على قدر كيلهما وان صار خلا من ساعته كان للغاصب ولا ضمان عليه وذكر شمس الائمة الحلواني رحمه الله تعالى ظاهر الجواب أن يقسم بينهما على قدر كيلهما سواء صارت من ساعتها أو بعد حين خلا عند الكل وينبغي أن يكون ضامنا عند الكل على هذا القول ذكره قاضيخان في الجامع الصغير (قوله كالقرظ) بفتحتين والظاء المشالة ورق السلم أو ثمر السنط قاموس (قوله اخذه المالك ورد ما زاد الدبغ) وطريق معرفته ان ينظر الى قيمته لو ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب حبسه كالمبيع وذكر في النهاية عن الذخيرة قال القدوري رحمه الله تعالى في كتابه انما يكون لصاحب الجلد اذا اخذ الدباغ الجلد من منزله فأما اذا ألقى صاحبه في الطريق فأخذ رجل جلدها فدبغه فليس للمالك أن يأخذ الجلد وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى له اخذه في هذه الصورة أيضا اه (قوله ولو اتلفه لا يضمن) هذا عن ابي حنيفة خلافا لهما (قوله معزف) بكسر الميم اسم آلة للهو كالعود قاله العيني (قوله ففي الطنبور يضمن الخشب المنحوت الخ) كذا ذكره القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وفي المنتقى عن أبي حنيفة يضمن قيمته خشبا منحوتا وقال الفقيه أبو الليث كانوا يقولون ان معنى قول ابي حنيفة انه يضمن قيمته ان لو اشترى الشئ آخر سوى اللهو كجعله وعاء للملح قال فخر الدين قاضيخان على قول ابي حنيفة يضمن قيمتها صالحة لغير المعصية ففي الدف يضمن قيمته دفا يوضع فيه القطن وفي البربط يضمن قيمته قصعة يوضع فيها الثريد (قوله ولو كان فعل جاز) الاولى منه قول العيني وان جاز فعله (قوله وقيل الخلاف في الدف والطبل الخ) قال الامام العتابي في شرح الجامع الصغير لو كان طبل الحاج او طبل الصيد او دفا يلعب به الصبية في البيت يضمن بالاتفاق

العمادية وغيرها (ولا) يضمن أيضا (خمر المسلم وخنزيره) بأن أسلم ذمي وفي يده الخمر والخنزير فأتلفهما آخر لانهما ليسا بمال في حق المسلم بخلاف ما للذمي من الخمر والخنزير حيث يضمنان بالاتلاف لانهما مال في حقه (غصب خمر مسلم فخللها بغير متقوم) كالنقل من الظل الى الشمس ومنها اليه (أو جلد ميتة فدبغه به) أي بغير متقوم كالتراب والشمس (أخذهما المالك مجانا) اذ ليس فيه مال متقوم للغاصب وكانت الدباغة اظهار المالية والتقوم فصارت كغسل الثوب (ولو أتلفها ضمن) لاتلافه ملك الغير (ولو خللها بمتقوم كالملح ملكه) أي الغاصب الخل (ولا شئ للمالك (عليه) أي الغاصب لان الخمر لم يكن متقوما والملح مثلا متقوم فترجح جانب الغاصب فيكون له بغير شئ (ولو دبغ به) أي بمتقوم كالقرظ والعفص ونحوهما (الجلد أخذه المالك ورد ما زاد الدبغ) اذ بهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فترجح جانب الغاصب (ولو أتلفه لا يضمن) لانه لم يتلف مال الغير (ضمن بكسر معزف) وهو آلة اللهو كبربط ومزمار ودف وطبل وطنبور (قيمته صالحا لغير اللهو) ففي الطنبور يضمن الخشب المنحوت ونحوه البواقي (و) ضمن (باراقة سكر ومنصف) وقد مر معناهما في كتاب الاشربة (قيمتهما لا المثل) لان المسلم ممنوع عن تملك عينهما ولو كان فعل جاز وان أتلف صليب نصراني ضمن قيمته صليبا لانه مال متقوم في حقه وهو مقر عليه فلا يجوز التعرض له (ويصح بيعها) أي بيع هذه المذكورات وقالا لا تضمن ولا يصح بيعها وقيل الخلاف في الدف والطبل اللذين يضربان للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس فيضمنهما بالاتلاف بلا خلاف لهما أن هذه الاشياء

أعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر وله انها أموال اصلاحيتها لما يحل من وجوه
الانتفاع وان صلحت لما لا يحل ايضا فصارت (كالامة المغنية ونحوها) كالكبش
النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي حيث تجب فيها القيمة غير
صالحة لهذه الامور والفتوى على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس كذا في
الكافي (حل قيد عبد الغير أو) حل (رباط دابته أو فتح اصطبلها) أي الدابة (أو)
فتح (قفص طائره فذهبت) هذه المذكورات وفي الدابة والقفص خلاف محمد (أو
سعى الى سلطان بمن يؤذيه ولا يدفع ايذاؤه بلا رفع اليه أو) سعى اليه (بمن يفسق ولا
يمتنع) عن الفسق (بنهيه) أي نهي الساعي (أو قال عند سلطان قد يغرم وقد لا)
يغرم مقول القول قوله (انه وجد مالا فغرمه لا يضمن) في هذه الصور لانتفاء
التسبب وتخلل فعل فاعل مختار (ولو غرم قطعا يضمن) لوجود التسبب (كذا) أي
يضمن الساعي (لو سعى بغير حق عند محمد) زجرا له عن السعاية وبه يفتى (أمر عبد
غيره بالاباق أو قال اقتل نفسك ففعل) أي أبق أو قتل نفسه (وجب عليه) أي على
الآمر (قيمته ولو قال له أتلف مال مولاك فأتلف لا يضمن) لانه بأمره بالاباق أو
القتل صار غاصبا لانه استعمله في ذلك الفعل أما بالامر باتلاف مال المولى فلا يصير
غاصبا ماله وانما يصير غاصبا للعبد والعبد المغصوب قائم لم يهلك وانما التلف بفعل
العبد كذا في العمادية (استعمل عبد الغير لنفسه) كان يقول له ارتق هذه الشجرة
وانثر الثمر لنأكل أنت وأنا (وان لم يعلم انه عبد أو قال) ذلك العبد (اني حر ضمن
قيمته) ان هلك لانه استعمله في منفعته (ولو) استعمله (لغيره) كأن يقول ارتق
الشجرة وانثر الثمرة لنأكل أنت (لا) أي لا يضمن لانه لا يصير به غاصبا كذا في
العمادية

﴿كتاب الاكراه﴾

وجه المناسبة بينه وبين كتاب الغصب ظاهر (هو) لغة حمل الفاعل على أمر
يكرهه وشرعا (حمل الغير على فعل) أعم من اللفظ وعمل سائر الجوارح (بما) متعلق
بالحمل وهو أعم من القتل واتلاف العضو والحبس والضرب والقيد (يعدم رضاه به)
أي رضا الغير بذلك الفعل (لا اختياره) أي لا يعدم اختياره (لكنه) أي ما يعدم
الرضا (قد يفسده) أي الاختيار (وقد لا) أي لا يفسده فالحاصل ان عدم الرضا
معتبر في جميع صور الاكراه وأصل الاختيار ثابت في جميع صوره لكن في بعض
الصور يفسد الاختيار وفي بعضها لا يفسده أقول هذا هو المسطور في جميع كتب
الاصول والفروع حتى قال صدر الشريعة في التنقيح وهو اما ملجئ بان يكون
بفوت النفس أو العضو وهذا معدم للرضا مفسد للاختيار واما غير ملجئ بان
يكون بحبس أو قيد أو ضرب وهذا معدم للرضا غير مفسد للاختيار فلا يصح ما قال
في الوقاية هو فعل يوقعه بغيره فيفوت به رضاه أو يفسد اختياره فان فيه جعل قسم
الشيء قسيما له كما لا يخفى على من يعرف معنى القسم والقسيم والعجب ان صدر
الشريعة بعد ما قال فيه ذلك قال في شرح الوقاية ثم الاكراه نوعان أحدهما أن
يكون معدما للرضا وهو أن يكون بالحبس أو الضرب والثاني أن يكون مفسدا

(قوله كالامة المغنية) تشبيه بالمتفق عليه
من جانب الامام رحمه الله (قوله حل قيد
عبد الخ) قال في النظم لو زاد على ما فعل
بان فتح القفص وقال للطير كش كش
او باب اصطبل فقال للبقر هش هش
او للحمار هر هر يضمن اتفاقا واجمعوا
انه لو شق الزق والدهن سائل او قطع
الحبل حتى سقط القنديل يضمن (قوله
وفي الدابة والقفص خلاف محمد) اى
فيضمن عنده والخلاف فيما اذا لم يزد
على الفتح اما لو زاد ما قدمناه ضمن اتفاقا
والخلاف ايضا في العبد المجنون قال
السرخسي هذا اذا كان العبد مجنونا فان
كان عاقلا لا يضمن اتفاقا كما في البزازية
(قوله لو سعى بغير حق) كذا في جامع
الفصولين (قوله او قال له اتلف مال
مولاك فأتلف لا يضمن) كذا قال في جامع
الفصولين لم يضمن الآمر اذ بالامر
باتلاف مال مولاه لم يصر غاصبا لماله
وانما صار غاصبا لقنه وهو لم يهلك وانما
التلف مال المولى بفعل قنه أقول في فصل
مسئلة تدل على خلافه وهي لو أمر قن
غيره باتلاف مال رجل يغرم مولاه ثم
يرجع على آمره اذ الآمر صار مستعملا
للقن فصار غاصبا ويمكن الجواب بانه
لا ضمان على القن ولا على مولاه في
اتلاف مال مولاه فلا رجوع على الآمر
بخلاف اتلاف مال غير المولى ويمكن ان
يكون في المسئلة روايتان فان قيل يدل
ايضا على أن الآمر يضمن وان لم يكن
سلطانا او مولى وقد مر خلافه اقول يمكن
الجواب بان المراد ثمة هو الضمان
الابتدائي الذي بطريق الاكراه
ألا ترى ان المباشر لا يضمن ثم بخلاف
ما نحن فيه فافترقا والله سبحانه وتعالى
اعلم اه

﴿كتاب الاكراه﴾

للاختيار وهو وان يكون بالقتل أو قطع العضو فوت الرضا أعم من فساد الاختيار ففي الحبس أو الضرب يفوت الرضا ولكن الاختيار الصحيح باق وفي القتل لا رضا ولكن له اختيار غير صحيح بل اختيار فاسد ثم قال وتحقيقه الى آخر ما قال والشجرة تنبئ عن الثمرة (مع بقاء أهليته) وعدم سقوط الخطاب عنه لان المكره مبتلى والابتلاء يحقق الخطاب ألا يرى انه متردد بين فرض وحظر ورخصة ويأثم مرة ويؤجر أخرى وهو دليل الخطاب وبقاء الاهلية (وشرطه) أربعة أمور الاول (قدرة الحامل على) تحقيق (ما هدد به سلطانا أو غيره) يعني لصا أو نحوه هذا عندهما وعند أبي حنيفة لا يتحقق الا من سلطان لان القدرة لا تكون بلا منعة والمنعة للسلطان قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان في زمانه لم يكن لغير السلطان من القوة ما يتحقق به الاكراه فأجاب بناء على ما شاهده وفي زمانهما ظهر الفساد وصار الامر الى كل متغلب فيتحقق الاكراه من الكل والفتوى على قولهما كذا في الخلاصة (و) الثاني (خوف الفاعل وقوعه) أي وقوع ما هدد به الحامل بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل والمباشرة (و) الثالث (كونه) أي الفاعل (ممتنعا عما أكره عليه لحق ما) أي لحق نفسه كبيع ماله أو اتلافه أو اعتاق عبده أو لحق شخص آخر كاتلاف مال الغير أو لحق الشرع كشرب الخمر والزنا ونحوهما (و) الرابع (كون المكره به متلف نفس أو عضو أو موجب غم يعدم الرضا) وهذا أدنى مراتبه وهو أيضا متفاوت بحسب الاشخاص كما سيأتي (وهو) أي الاكراه (اما ملجئ يفسد الاختيار لو) كان (باتلاف نفس أو عضو واما غير ملجئ لا يفسده لو كان بحبس أو قيد مدة مديدة أو ضرب شديد) في المبسوط الحد في الحبس الذي هو اكراه ما يجيء الاغتمام البين به وفي الضرب الذي هو اكراه ما يجد منه الالم الشديد وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان المقادير لا تكون بالرأي ولكنه على قدر ما يرى الحاكم اذا رفع اليه (بخلاف حبس يوم أو قيده) أي قيد يوم (أو ضرب غير شديد) فانها لا تكون اكراها اذ لا يبالى بمثلها عادة فلا يعدم الرضا (الا لذي جاه) يعني انها تكون اكراها لرجل له جاه وعزة لان ضرره أشد من ضرر الضرب الشديد لغيره فيفوت به الرضا (فبالاول) يعني الملجئ (رخص أكل ميتة ودم ولحم خنزير وشرب خمر) لان حرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار وفي حالة الضرورة مبقاة على أصل الحل لقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه فانه استثنى حالة الضرورة والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا والاضطرار يحصل بالاكراه الملجئ (وبالصبر على القتل أثم) في هذه الصور (كما في المخمصة) لانه لما أبيح كان بالامتناع معاونا لغيره على اهلاك نفسه (و) رخص أيضا (بلفظ كلمة كفر وقلبه مطمئن بالايمان) لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقال له صلى

الله

(قوله والثاني خوف الفاعل وقوعه) يعني في الحال كما في البرهان (قوله أو باتلاف نفس أو عضو) كذا بعض العضو كاتلاف أنملة أو ضرب يخاف منه على نفسه أو عضو من اعضائه كما في البرهان (قوله في المبسوط الحد في الحبس الذي هو اكراه ما يجيء الاغتمام البين به الخ) كذا في التبيين ثم قال والاكراه بحبس الوالدين والاولاد لا يعد اكراها لانه ليس بملجئ ولا يعدم الرضا بخلاف حبس نفسه اه وكذا نقل في البرهان كلام المبسوط وقد كتب الشيخ علي المقدسي رحمه الله عليه ما صورته فشمل حبس الاب ذكر في المبسوط القياس انه ليس باكراه ثم قال وفي الاستحسان اكراه ولا ينفذ شيء من التصرفات لان حبس أبيه يلحق به من الحزن ما يلحق به حبس نفسه أو أكثر فالولد البار يسعى في تخليص أبيه من السجن وان كان يعلم انه يحبس فما في الزيلعي ليس بمستحسن اه (قوله فبالاول رخص أكل ميتة ودم ولحم خنزير وشرب خمر) يعني لا بالحبس وشبهه قال بعض المشايخ ان محمدا انما أجاب هكذا بناء على ما كان من الحبس في زمانه فأما الحبس الذي أحدثوه اليوم في زماننا فانه يبيح التناول كما في غاية البيان (قوله وبالصبر على القتل اثم) أي ان علم بالحل والا فلا يأثم وعن أبي يوسف انه لا يأثم مطلقا كذا في البرهان والتبيين (قوله لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه) هو ما رواه الحاكم في المستدرك في تفسير سورة النحل عن أبي عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر عن أبيه قال أخذ المشركون عمار بن ياسر فلم يتركوه حتى سب النبي صلى الله عليه وسلم وذكر آلهتهم بخير ثم تركوه فلما أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما وراءك قال شر يا رسول الله ما تركت حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير قال كيف تجد قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ورواه أبو نعيم في الحلية وعبد الرزاق في مصنفه وفيه نزل قوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية كذا في البرهان

(قوله فان عادوا فعد) أي الى الطمأنينة كذا في التبيين وقال في غاية البيان وهو أمر بالثبات على ما كان لا أمر بما ليس بكائن من الطمأنينة كما في قوله تعالى اهدنا الصراط أو معناه ان عادوا الى الاكراه ثانيا فعد أنت الى مثل ما أتيت به أولا من اجراء كلمة الكفر على اللسان وطمأنينة القلب بالايمان اه (قوله وسماه النبي صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء) وقال في مثله

الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال صلى الله عليه وسلم فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية (وبالصبر عليه) أي القتل في هذه الصورة (أجر) أي صار مأجورا ان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل لان خبيبا رضي الله تعالى عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه النبي صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء (و) رخص أيضا (اتلاف مال مسلم) لان اتلاف مال الغير يستباح للضرورة كما في المخمصة وقد تحققت (و) لكن صاحب المال (ضمن الحامل) لان الفاعل آلة للحامل فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل بان يلقيه عليه فيتلفه (لا قتله) عطف على اتلاف أي لا يرخص قتل مسلم بل يصبر على ان يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم لا يستباح لضرورة ما الا ان يعلم أنه لو لم يقتله قتله (ويقاد في العمد الحامل فقط) عند أبي حنيفة ومحمد لان الفاعل يصير آلة له وقال أبو يوسف لا يقاد واحد منهما للشبهة وقال زفر يقاد الفاعل لانه مباشر وقال الشافعي يقاد كل منهما الفاعل بالمباشرة والحامل بالتسبب (ولا) يرخص بالاول (زنا الرجل) لانه كالقتل لان ولد الزنا هالك حكما لعدم من يربيه فلا يستباح لضرورة ما كالقتل ولكن لا يحد استحسانا يعني اذا لم يرخص زناه بالملجئ كان مقتضى القياس ان يحد لان انتشار الآلة دليل الطواعية (ولكن لا يحد استحسانا) فان انتشار الآلة لا يدل على الطواعية اذ قد يكون طبعا كما في النائم (وبالثاني) عطف على بالاول يعني باكراه غير ملجئ (لا) أي لا ترخص الامور المذكورة (لكنه) أي الثاني من الاكراه (أسقط الحد في زناها) لانها وان لم تكن مكرهة فلا أقل من الشبهة كذا في الخانية (لا زناه) أي لم يسقط الحد في زناه لان الاكراه الملجئ لم يكن رخصة في حقه كما كان في حق المرأة حتى يكون غير الملجئ شبهة لينذرئ الحد (تصرفات المكره قولا) يعني ان الاصل ان التصرفات القولية للمكره سواء كان مكرها بالملجئ أو بغيره (تنعقد) عندنا كما في البيوع الفاسدة (وما يحتمل الفسخ يفسخ) ان فسخ المكره (وما لا) يحتمله (فلا) يفسخ (الاول) وهو ما يحتمل الفسخ (كبيعه وشرائه واجارته وصلحه وابرائه مديونه أو كفيله وهبته) فانه اذا أكره على واحد منها باحد نوعي الاكراه خير الفاعل بعد زوال الاكراه ان شاء امضاه وان شاء فسخ لان الاكراه مطلقا يعدم الرضا والرضا شرط صحة هذه العقود فتفسد بفواته (واقراره) فانه خبر يحتمل الصدق والكذب وانما صار حجة لرجحان جانب الصدق والاكراه دليل على كذبه فيما يقربه قاصدا الى دفع الشر عن نفسه (فيملكه) أي المبيع بالاكراه (المشتري ان قبض) كما في سائر البيوع الفاسدة (فيصح اعتاقه) أي اعتاق المشتري لكونه مالكه (ولزمه) أي المشتري (قيمته) لانه أتلف ما ملكه بعقد فاسد

هو رفيقي في الجنة (قوله ورخص أيضا اتلاف مال مسلم) أي وذمي ولم يذكر حكم ما لو صبر فلم يتلفه حتى قتل وظاهر عبارة الكنز يفيد ثوابه وان لم يتعرض له شارحه ويشير اليه قول قاضيخان ولو توعد بالقتل على الطلاق والعتاق ولم يفعل حتى قتل لا يأثم لانه لو صبر على القتل ولم يتلف مال نفسه يكون شهيدا فلأن لا يأثم اذا امتنع عن ابطال ملك النكاح على المرأة كان أولى اه (قوله لان الفاعل آلة للحامل فيما يصلح آلة له) قال في السراج حتى لو حمله مجوسي على ذبح شاة الغير لا يحل أكلها اه (قوله أي لا يرخص قتل مسلم) يعني وذمي (قوله لان قتل المسلم لا يرخص لضرورة ما الا ان يعلم أنه لو لم يقتله قتله) في الحصر تسامح لانه يقتله باخراجه السرقة اذا لم يلقها بالصياح عليه أو بايمانه حاملته كذلك والذمي كالمسلم (قوله ويقاد في العمد الحامل فقط) يعني انه لا يباح الاقدام على القتل بالملجئ ولو قتل أثم ويقتص الحامل ويحرم الميراث لو بالغا ويقتص للمكره من الحامل ويرثهما (قوله ولا يرخص بالاول زنا الرجل) انما أعاد ذكر لفظ الاول لطول الكلام فيما يتعلق به والا ففيه غنية عن ذكره لان الكلام فيه لقوله بعده وبالثاني الخ وفي كلامه اشارة الى اثمه وفي شرح الكافي رجوت ان لا تأثم يعني المرأة (قوله كبيعه) شامل لما لو تداولته الايدي فانه يفسخ (قوله كما في سائر البيوع الفاسدة) قال في المجتبى بيع المكره يخالف البيع الفاسد في اربعة مواضع يجوز بالاجازة وينقض تصرف المشتري وتعتبر القيمة وقت الاعتاق دون القبض والثمن أو الثمن أمانة في يد المكره وفي الفاسد بخلافها اه (قوله فيصح اعتاقه) كذا تدبيره واستيلاده

(قوله وان قبضه اى الثمن مكرها الا) كذا لو سلم المبيع مكرها لا ينفذ البيع (قوله ورده اى رد البائع الثمن) يعني لزمه رده لفساد العقد (قوله بخلاف ما اذا أكره على الهبة) متعلق بقوله أو سلم المبيع طوعا ومثلها الصدقة (قوله بناء على اصلنا ان الاكراه على الهبة اكراه على الدفع) هذا اذا كان المكره حاضرا وقت التسليم فان لم يكن فالاكراه على الهبة لا يكون اكراها على التسليم قياسا واستحسانا كما في البزازية (قوله فان ضمن ٢٧٢ الحامل رجع على المشتري بقيمته) يفيد انه ان ضمن المشتري لا يرجع على الحامل (قوله ولا ينفذ ما كان قبله) يفيد انه لو كان أول المشترين نفذ الجميع (قوله بخلاف ما اذا أجاز المالك المكره عقدا منها) الفرق بين الاجازة والتضمين انه اذا ضمن فأخذ القيمة صار كأنه استرد العين فتبطل البياعات التي قبله بخلاف أخذ الثمن لانه ليس كأخذ العين بل اجازة فافترقا وهذا بخلاف ما اذا أجاز المالك في بيع الفضولي واحدا من الاشرية حيث يجوز ما أجازه خاصة لانه باع ملك غيره وقد ثبت بالاجازة لاحدهم ملك بات فأبطل الموقوف لغيره وفي الاكراه كل واحد باع ملكه لثبوت الملك بالقبض فيه والمانع من نفوذ الكل حق الاسترداد فاذا أسقطه المالك نفذ الكل (قوله كنكاح) أي يصح النكاح سواء كان بأعلى أو غيره ولم يذكر حكم المهر وذلك أنه اما أن يكون بأعلى كان تزوج امرأة على عشرة آلاف ومهر مثلها ألف صح النكاح ولها مهر مثلها ألف ويبطل الفضل في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي ان الزوج يلزمه الجميع ويرجع بالفضل على من أكرهه وليس بظاهر الرواية واما ان يكون بقيد أو حبس فلا يكون اكراها في حق الزوج بل نكاح طائع والتسمية فاسدة لان التسمية تصرف في المال وهو يبطله الهزل فلها مهر مثلها ألف لا غير ولا يرجع الزوج على المكره بشئ ولو اكرهت المرأة على التزوج بدون مهر مثلها صح النكاح ولا ضمان على المكره وحكم اعتراض أوليائها في غاية البيان (قوله ورجع بالضمان الفاعل على الحامل بقيمة العبد) لم يذكر حكم الولاء نصا والولاء للفاعل اه وفي التدبير يرجع بنقصان التدبير في الحال على المكره واذا مات المولى يعتق المدبر ويرجع ورثة المولى بثلثي قيمته مدبرا على الآمر أيضا كذا في الخانية

(فان قبض) أي البائع المكره (الثمن أو سلم المبيع طوعا) قيد للمذكورين (نفذ) البيع لوجود الرضا (وان قبضه) أي الثمن (مكرها لا) أي لا ينفذ لعدم الرضا (ورده) أي رد البائع الثمن الذي قبضه مكرها (ان بقي) في يده (ولم يضمن ان هلك) لان الثمن كان أمانة عند المكره لانه أخذه باذن المشتري والقبض اذا كان باذن المالك فانما يجب الضمان اذا قبضه للتملك وهو لم يقبضه له لكونه مكرها على قبضه فكان أمانة كذا في الكافي (بخلاف ما اذا أكره على الهبة لا الدفع فوهب ودفع حيث يكون فاسدا) أي يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أصلنا ان الاكراه على الهبة اكراه على الدفع والاكراه على البيع ليس اكراها على التسليم (هلك المبيع في يد مشتر غير مكره والبائع مكره ضمن) أي المشتري (قيمته للبائع) لانه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونا عليه كما في اعتاق المشتري (وله) أي للبائع (أن يضمن أيا شاء) من الحامل والمشتري كالغاصب وغاصب الغاصب فالمكره كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب (فان ضمن الحامل رجع على المشتري بقيمته) لانه قام مقام البائع باداء الضمان لان المضمون يصير ملكا للضامن من وقت سبب الضمان وهو الغصب (وان ضمن أحد المشترين) وقد تداولته الايدي (نفذ كل شراء) كان بعده أي بعد شرائه لانه ملكه بأداء الضمان فظهر انه باع ملك نفسه (ولا ينفذ) ما كان (قبله) لان استناد ملك المشتري الى وقت قبضه بخلاف ما لو أجاز المالك المكره عقدا منها حيث ينفذ ما كان قبله وبعده لان المانع من النفاذ حقه فيعود الكل جائزا (والثاني) وهو ما لا يحتمل الفسخ (كنكاحه وطلاقه واعتاقه) وسائر ما سيأتي فان هذه العقود تصح عندنا مع الاكراه قياسا على صحتها مع الهزل وعند الشافعي لا تصح (ورجع) أي الفاعل على الحامل (بنصف المسمى) في الطلاق (ان لم يطأ) وكان المهر مسمى في العقد وان لم يسم فيه يرجع عليه بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن الزوج وقد تأكد ذلك بالطلاق فكان تقرير المال من هذا الوجه فيضاف تقريره الى الحامل والتقرير كالايجاب فكان متلفا له فيرجع عليه بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر هنا بالدخول لا بالطلاق (و) رجع الفاعل على الحامل (بقيمة العبد) في الاعتاق لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله أن يضمنه موسرا كان او معسرا لكونه ضمان اتلاف كما مر ولا يرجع الحامل على العبد

(قوله ونذره) كذا كل ما يتقرب به الى الله تعالى كصدقة وحج وعمرة وغزو وهدى اذا أوجبه على نفسه فهو واجب سواء كان عاصيا أو غيره ولا يرجع على المكره بما لزمه من ذلك كما في السراج (قوله وظهاره) قال الزيلعي لو أكره على أن يكفر

بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه (ونذره) فانه اذا أكره على النذر صح ولزم لانه لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه الاكراه وهو من الثلاث التي هزلهن جد ولا يرجع على الحامل بما لزمه اذ لا مطالب له في الدنيا (ويمينه وظهاره) حيث لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ (ورجعته وايلائه وفيئه فيه) أي في الايلاء باللسان بأن يقول فئت اليها فانها لما صحت مع الهزل صحت مع الاكراه أيضا (واسلامه) فانه اذا أكره عليه صار مسلما اذ وجد أحد الركنين قطعا وفي الآخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا (بلا قتل لو رجع) يعني اذا أسلم بالاكراه ثم رجع عنه لا يقتل لتمكن الشبهة لاحتمال عدم الاسلام من الابتداء فيكون كفره أصليا فلا يكون مرتدا (ولا تعتبر ردته) لانها تتعلق بالاعتقاد ألا يرى أنه لو نوى أن يكفر يصير كافرا وان لم يتكلم به والاكراه دال على عدم تغير الاعتقاد (فلا تبين عرسه) لعدم الحكم بالردة (صادره السلطان) أي طالب منه مالا بالكره (ولم يعين بيع ماله) أي لم يقل بع مالك وأعطني ثمنه (فباعه صح) أي ذلك البيع لعدم الاكراه بالنظر اليه كذا في الخلاصة (خوفها الزوج بالضرب حتى وهبت مهرها لم تصح الهبة (ان قدر) أي الزوج (على الضرب) لوجود الاكراه

{كتاب الحجر}

(هو) لغة المنع مطلقا وشرعا (منع نفاذ التصرف القولي) خصه بالذكر لان الحجر لا يتحقق في أفعال الجوارح وسره ان أثر التصرف القولي لا يوجد في الخارج بل أمر يعتبره الشرع كالبيع ونحوه فاذا لم يوجد في الخارج جاز أن يعتبر عدمه بخلاف التصرف الفعلي الصادر عن الجوارح فانه لما كان موجودا خارجيا لم يجز اعتبار عدمه كالقتل واتلاف المال والا كان سفسطة (وسببه الصغر) بأن يكون غير بالغ فان كان غير مميز كان عديم العقل وان كان مميزا فعقله ناقص فالضرر محتمل واذا أذن له المولى صح تصرفه لترجح جانب المصلحة (والجنون) فان عدم الافاقة كان عديم العقل كصبي غير مميز وان وجدت في بعض الاوقات كان ناقص العقل كصبي عاقل في تصرفاته وأما المعتوه فاختلفوا في تفسيره وأحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون (والرق) فان الرقيق له أهلية في نفسه لكنه يحجر رعاية لحق المولى كيلا تتعطل منافع عبده بايجاره نفسه لآخر ولا يملك رقبته بتعلق الدين به لكن المولى اذا أذن رضي بفوات حقه (فلم يصح طلاق صبي ومجنون مغلوب) أما المجنون فلعدم عقله وأما الصبي فغير العاقل كالمجنون والعاقل لا يقف على المصلحة في الطلاق لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق باعتبار بلوغه حد الشهوة ولذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته (و) لم يصح (اعتاقهما) لتمحضه في الضرر (ولا اقرارهما) لان اعتبار الاقوال بالشرع والاقرار يحتمل الصدق

ففعل لم يرجع بذلك ولو أكره على عتق عبد بعينه ففعل عتق وعلى المكره قيمته ولا يجزيه عن الكفارة ولو قال أنا أبرئه عن القيمة حتى يجزئه عن الكفارة لم يجز ذلك اه وقال في غاية البيان قالوا لو كان هذا يعني المعين من أخس الرقاب لا يتصور أن يكون دون هذا مجزيا لا يضمن شيأ (قوله ورجعته) يعني على انشائها بخلاف ما لو أكره على الاقرار بها فانه لا يصح (قوله وايلائه) قال الاتقاني ولو بانت به لا يرجع بشئ من مهرها مطلقا أعني قبل الدخول أو بعده اه (قوله وفيئه فيه) قال الاتقاني هو مثل الرجعة انشاء واقرارا

{كتاب الحجر}

(قوله وسببه الصغر والجنون والرق) هذه متفق عليها وألحق بها ثلاثة أخرى المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس وهذا أيضا بالاتفاق على ما حكي عن أبي حنيفة رحمه الله كما في النهاية (قوله وان وجدت في بعض الاوقات كان ناقص العقل كصبي عاقل في تصرفاته) في اطلاق تشبيه افعاله بافعال الصبي تأمل بل يجب ان يكون هذا في تصرف صدر منه حال عدم افاقته واما تصرف وجد منه حال افاقته فهو فيه كالعاقل كما ذكره الزيلعي (قوله واما المعتوه الخ) حكمه كالصبي العاقل في تصرفاته وفي رفع التكليف عنه كما في التبيين (قوله فان الرقيق له اهلية في نفسه) اشار بهذا الى ان الرق ليس بسبب للحجر في الحقيقة لانه مكلف محتاج كامل الرأي كالحر لكنه يحجر عليه لحق المولى (قوله ولذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته) لعله ثنى الضمير باعتبار طلاق الصبي وطلاق المجنون والا فينبغي الافراد

والكذب وقبل الشارع شهادة البعض دون البعض فامكن رده فيرد نظرا لهما (وصح طلاق العبد) لانه أهل ويعرف وجه المصلحة فيه وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ (واقراره في حق نفسه) لقيام أهليته (لا) في حق (مولاه) رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه وكلاهما اتلاف ماله (فان أقر بمال أخر الى عتقه) لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع هذا اذا أقر لغير المولى بمال وأما اذا أقر له به فلا يلزمه شئ بعد عتقه لما تقرر ان المولى لا يستوجب على عبده مالا (ولو) أقر (بحد أو قود عجل) ولم يؤخر الى عتقه لانه مبقى على أصل الحرية في حق الدم (و) لهذا (لم يصح اقرار المولى عليه فيهما) أي الحد والقود (اذا عقد منهم) أي من المحجورين (من يعقله) أي يعقل العقد بأن البيع سالب للملك والشراء جالب له احترز به عن المجنون المغلوب والصبي الغير المميز (خير وليه) بين الفسخ والامضاء وأراد بالعقد مادار بين النفع والضرر بخلاف الاتهاب حيث يصح بلا اذن الولي وبخلاف الطلاق والعتاق حيث لا يصحان وان أذن الولي (وان أتلفوا) أي المحجورون سواء عقلوا اولا (شيأ ضمنوا) لما مر انه لا حجر في أفعال الجوارح لان اعتبار الفعل لا يتوقف على القصد فان النائم اذا انقلب على مال انسان واتلفه ضمن وان عدم القصد لكنه لا يخاطب بالاداء الا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين الا اذا أيسر وكالنائم لا يؤمر بالاداء الا اذا استيقظ (لا يحجر حر مكلف بسفه) هو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع أو العقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واسرافه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل (وفسق ودين) عند أبي حنيفة وعندهما وعند الشافعي يحجر على السفيه واذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجره القاضي ومنعه من البيع والاقرار وعندهما وعند الشافعي يحجر على الفاسق زجرا له (بل مفت ماجن) هو الذي يعلم الناس الحيل (ومتطبب جاهل ومكار مفلس) هو الذي يكاري الدابة ويأخذ الكراء فاذا جاء أوان السفر لا دابة له فانقطع المكتري عن الرفقة فان في حجر كل منهم دفع ضرر العامة فالمفتي الماجن يفسد على الناس دينهم والمتطبب الجاهل أبدانهم والمكاري المفلس يتلف أموالهم فان دابته اذا ماتت في الطريق وليس له أخرى ولا يمكنه شراء أخرى ولا الاستئجار فيؤدي الى اتلاف أموال الناس (بمعنى المنع عن التصرف حسا) قال في البدائع ليس المراد به حقيقة الحجر وهو المعنى الشرعي الذي يمنع نفوذ التصرف ألا يرى أن المفتي لو أفتى بعد الحجر وأصاب في الفتوى جاز ولو أفتى قبل الحجر وأخطأ لم يجز وكذا الطبيب لو باع الادوية بعد الحجر نفذ بيعه فدل أنه ما أراد به الحجر حقيقة وانما أراد به المنع الحسي أي يمنع هؤلاء الثلاثة عن عملهم حسا لان المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر (بلغ الصبي غير رشيد) الرشيد عندنا هو الرشيد في المال فاذا بلغ مصلحا لماله لا يحجر عليه ولو فاسقا وعند الشافعي في الدين أيضا (لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة) لما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه قال ينتهي لب الرجل اذا بلغ خمسا

وعشرين

(قوله أي يعقل العقد بأن البيع سالب للملك والشراء جالب له) قال الزيلعي ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد بالعقد تحصيل الربح والزيادة (قوله لكنه لا يخاطب بالاداء) أي لكن المحجور عليه لا يخاطب بأداء ضمان ما اتلفه الا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين الا اذا أيسر وكالنائم لا يطالب بالاداء الا اذا استيقظ (قوله لا يحجر حر مكلف بسفه) هذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يوقف حجره على حجر القاضي وعند محمد بمجرد سفهه صار محجورا وقال في الاشباه والنظائر المحجور عليه بالسفه على قولهما المفتى به كالصغير في جميع الاحكام الا في النكاح والطلاق الخ (قوله وهو الذي يعلم الناس الحيل) أي الباطلة التي لا تحل كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها أو تسقط عنها الزكاة ولا يبالي بما يفعل من تحليل الحرام أو تحريم الحلال وفي الخانية أو يفتي عن جهل

وعشرين (ولو) وصلية (صح تصرفه قبله) اى لو تصرف فى ماله قبل ذلك نفذ (وبعده) اى بعد بلوغه خمسا وعشرين (يسلم) ماله اليه (ولو بلا رشد) وقالا لا يدفع حتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرفه فيه (يحبس القاضى المديون ليبيع ماله لدينه) لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعا لظلمه وايصالا للحق الى مستحقه (وقضى) اى القاضى (بلا أمره) اى امر المديون (دراهم دينه من دراهمه) لان للدائن أن يأخذه بيده اذا ظفر بجنس حقه بلا رضا المديون فكان للقاضى أن يعينه (وباع دنانيره لدراهم دينه وبالعكس) والقياس أن لا يجوز كلا الامرين لان الدراهم والدنانير مختلفان وجاز استحسانا ووجهه انهما متحدان جنسا فى الثمنية والمالية حتى يضم أحدهما الى الآخر فى الزكاة مختلفان فى الصورة حقيقة وحكما أما الاول فظاهر وأما الثانى فلعدم جريان ربا الفضل بينهما لاختلافهما فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضى ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملا بالشبهين (لا) أى لا يبيع القاضى (عرضه وعقاره) لدراهم دينه لان المقاصد تتعلق بصورها واعيانها وليس للقاضى أن ينظر لغرمائه على وجه يلحق به الضرر وأما النقود فوسائل لان المقصود فيها المالية لا العين فافترقا (أفلس ومعه عرض شراه فقبض بالاذن) أى اذن بائعه (فبائعه أسوة للغرماء) وان كان قبل القبض فللبائع أن يحبس المتاع حتى يقبض الثمن وكذا اذا قبضه المشترى بغير اذنه كان له أن يسترده ويحبسه بالثمن (حجر قاض ورفع الى قاض) آخر (فاطلقه) الثانى (جاز) اطلاقه وما صنع المحجور فى ماله من بيع أو شراء قبل الاطلاق الثانى وبعده كان جائزا لان حجر الاول مجتهد فيه فيتوقف على امضاء قاض آخر كذا فى الخانية

﴿فصل﴾ (بلوغ الصبى بالاحتلام والاحبال والانزال و) بلوغ (الصبية بالاحتلام والحيض والحبل) الاصل أن البلوغ يكون بالانزال حقيقة ولكن غيره مما ذكر لا يكون الا مع الانزال فجعل كل واحد علامة على البلوغ (والا) أى وان لم يوجد شئ منها (فحتى) أى لا يحكم بالبلوغ حتى (يتم له) أى للصبى (ثمانى عشرة سنة ولها) أى للصبية (سبع عشرة سنة) عند أبى حنيفة لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده وأشد الصبى على ما قاله ابن عباس وتبعه القتبى ثمانى عشرة سنة وقيل اثنان وعشرون سنة وقيل خمس وعشرون وأقل ما قالوا هو الاول فوجب أن يدار الحكم عليه للاحتياط الا أن الجارية أسرع ادراكا من الغلام فنقص سنة منهن لاشتمالها على الفصول الاربعة التى توافق المزاج (وقالا فيهما بتمام خمس عشرة سنة) وهو رواية عن الامام (وبه يفتى) للعادة الغالبة اذ العلامات تظهر فى هذه المدة غالبا فجعلوا المدة علامة فى حق من لم تظهر له العلامة (وأدنى مدته) أى البلوغ (له اثنتا عشرة سنة ولها تسع سنين) اذ قد يحصل لهما فى هذا السن علامة البلوغ (فان راهقا) أى قربا الى البلوغ بأن بلغا هذا السن (وأقرا بالبلوغ كانا كالبالغ حكما) لان البلوغ لما

(قوله فاطلقه الثانى جاز اطلاقه) وما صنع المحجور فى ماله من بيع أو شراء قبل الاطلاق الثانى وبعده كان جائزا كذا فى الخانية لانه قال بعد قوله فأطلقه واجاز ما صنع المحجور اه فقد شرط مع الاطلاق اجازة صنعه (قوله فان راهقا وأقرا بالبلوغ كانا كالبالغ حكما) يعنى وقد فسرا ما به علما بلوغهما وليس عليهما يمين

كان حاصلا فى هذا السن ولو نادرا فكان مما يعرف منهما كالحيض قبل اقرارهما به ضرورة

﴿ كتاب المأذون ﴾

الاذن لغة الاعلام وشرعا فك الحجر مطلقا وهو نوعان أحدهما (اذن العبد) وهو (فك الحجر) بالرق الثابت شرعا على العبد (واسقاط الحق) أى حق المولى فان الاصل فى الانسان كونه مالكا للتصرفات فتعلق حق المولى بعروض الرق صار مانعا المالكية لها فاذا أسقط المولى حقه يعود الممنوع (فيتصرف) أى اذا كان اذن العبد فك الحجر واسقاط الحق فيتصرف العبد (لنفسه باهليته فلا يرجع بالعهدة على مولاه) فانه اذا اشترى شيأ لا يطالب الثمن من المولى لانه مشتر لنفسه والوكيل يطالبه من الموكل (ولا يتوقت) يعنى اذا اذن لعبده يوما أو شهرا كان مأذونا أبدا الى أن يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت (ولا يتخصص) بنوع فاذا أذن بنوع عم اذنه الانواع وكذا اذا قال اقعد صباغا فانه اذن بشراء ما لابد منه فى هذا العمل وكذا اذا قيل أد الى الغلة كل شهر كذا بخلاف ما اذا اذن بشراء شئ معين لانه استخدام لا اذن (ويثبت) أى الاذن (دلالة اذا رأى المولى يبيع عبده ملك الاجنبى) احتراز عما اذا رآه يبيع ملك مولاه فانه اذا رأى عبده يبيع ملكا من أعيان المالك فسكت لم يكن ذلك اذنا له كذا فى الخانية (ويشترى) ما اراده (وسكت) أى المولى يكون اذنا له فى التجارة دفعا للضرر ولا يكون اذنا له فى بيع ذلك الشئ أو شرائه كذا فى الاستروشنية أقول سره ان العبد المحجور انما يصير مأذونا اذا صدر عنه البيع أو الشراء فى حق مال الاجنبى كما مر آنفا بحضر من مولاه ففيما اذا باع المحجور بحضر من مولاه ملكا لغيره وصار مأذونا لزم أن يصير مأذونا قبل أن يصير مأذونا وهو ظاهر اللزوم والبطلان فليتأمل فانه دقيق (و) يثبت أيضا (صريحا فلو أذن) العبد (مطلقا) بان يقول مولاه أذنت لك فى التجارة صح كل تجارة منه لان التجارة اسم عام يتناول الانواع (فيبيع ويشترى ولو بغبن فاحش) خلافا لهما وبالغبن اليسير جاز اتفاقا لتعذر الاحتراز عنه لهما ان

﴿ كتاب المأذون ﴾ (قوله الاذن لغة الاعلام) قال الزيلعى ومنه الاذان وهو الاعلام بدخول الوقت اه وفى النهاية أما اللغة فالاذن فى الشئ رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاقه فيما حجر عنه من أذن له فى الشئ اذنا اه (قوله وشرعا فك الحجر مطلقا) يعنى فلا يتوقت ولا يتخصص وأما حكمه فقال فى النهاية هو التفسير الشرعى وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناوله الاذن لا الانابة والتوكيل لان حكم الشئ ما يثبت به والثابت بالاذن فى التجارة فك الحجر عن التجارة هذا ما ذكره فى المبسوط والايضاح والذخيرة والمغنى وغيرها اه (قوله وهو نوعان أحدها اذن العبد) والثانى اذن الصبى والمعتوه وسيذكره آخر الباب (قوله فيتصرف العبد لنفسه) لا يلزم منه ان يكون مالكا لما تصرف فيه لنفسه لانه بجهاته مملوك للمولى فاذا تمذر ملكه لما تصرف فيه يخلفه المولى فى الملك (قوله بخلاف ٢٧٦ ما اذا أذن بشراء شئ معين) يعنى كطعام الاكل وثياب الكسوة ودابة الركوب وعبد الاستخدام وهذا استحسان وفى القياس هو اذن فى التجارة كما فى البرهان (قوله احتراز عما اذا رآه يبيع ملك مولاه فانه اذا رأى عبده يبيع ملكا من أعيان المالك فسكت لم يكن ذلك اذنا له كذا فى الخانية) اقول يخالفه ما فى شرح البرهان واثبتنا الاذن بالسكوت ان رأى عبده يبيع ويشترى صحيحا كان العقد أو فاسدا ولو لغير مولاه فسكت ولم ينهه ولم يثبته زفر كالشافعى ومالك اه وكذا قال الزيلعى لا فرق فى ذلك بين ان يبيع عينا مملوكة للمولى او لغيره باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا اه كذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيخان فى فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن وروى الطحاوى عن اصحابنا أنه رضا ويبطل الرهن اه فكان على المصنف أن يذكر هذا ويحفظ عن مشايخنا تقديم ما فى المتون والشروح على ما فى الفتاوى (قوله ففيما اذا باع المحجور بحضر من مولاه ملكا لغيره وصار مأذونا لزم ان يصير مأذونا قبل أن يصير مأذونا وهو ظاهر اللزوم والبطلان) اقول هذا ساقط فى بعض النسخ وثابت فى غيرها وفيه نظر لانه لا يلزم اللزوم المذكور البيع الاول قلنا يتعلق الاذن بما باعه بحضر مولاه بل لا يتعلق ويظهر اثره الا فى المستقبل فسقط الالزام لقوله عقبه ولا يكون اذنا له فى بيع ذلك الشئ او شرائه اه فهذا رد لما ظنه بما نقله عن الاستروشنية وتوضيحه ما قال فى جامع الفصولين رأى قنه يبيع و يشترى وسكت كان مأذونا فى التجارة لا فى تلك العين ثم قال قن باع بحضرة مولاه ثم ادعاه المولى انه له فلو كان القن مأذونا لم يصح دعواه ويصح لو محجورا فان قيل الم يصر مأذونا بسكوت مولاه قلنا نعم ولكن اثر الاذن يظهر فى المستقبل اه

البيع بالغبن الفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من الثلث ولا يتناوله الاذن وله أنه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون (ويوكل بهما) لانه قد لا يتفرغ بنفسه (ويرهن ويرتهن ويتقبل الارض) اى يأخذها اقبالة بالاستئجار والمساقاة (ويأخذها مزارعة ويشترى بزرا يزرعه ويستأجر اجيرا) مشاهرة أو مسانهة (ويؤجر نفسه ويضارب) أى يدفع المال مضاربة ويأخذه (ويشارك عنانا) لانها من صنيع التجار اى المذكورات (ويقر بدين) لان الاقرار به من توابع التجارة اذ لو لم يصح لم يعامله أحد (لغير زوج وولد ووالد) فان اقراره لهم بالدين باطل عند ابى حنيفة خلافا لهما وهو كالاختلاف فى بيع الوكيل منهم ذكره الزيلعى (و) يقر أيضا (بغصب ووديعة) لان الاقرار بهما ايضا من توابع التجارة أما الثانى فظاهر وأما الاول فلان ضمان الغصب ضمان معاوضة لانه يملك المغصوب بالضمان (ويهدى طعاما يسيرا) تحقيقا لمعنى الاذن (ويضيف من يطعمه) لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب أهل حرفته (ويحط من الثمن بعيب) مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط أنظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف الحط بلا عيب لانه تبرع محض (ويأذن لعبده) ذكره الزيلعى (ولا يتزوج الا باذن المولى) لان الاذن بالتجارة ليس اذنا به (ولا يتسرى وان أذن له) كذا فى تحفة الفقهاء وفى التلويح فى بيان العوارض على الاهلية (ولا يزوج رقيقه ولا يكاتبه) لانهما ليسا من التجارة (ولا يعتق) لانه فوق الكتابة (مطلقا) أى على مال أولا (ولا يقرض) لانه تبرع ابتداء (ولا يهب) لانه تبرع محض (مطلقا) أى بعوض أولا (ولا يبرئ) لانه كالهبة (ولا يكفل) لكونه ضررا محضا (مطلقا) أى لا بالنفس ولا بالمال (دين وجب بتجارته) مبتدأ خبره قوله الآتى يتعلق برقبته (أو بما هو بمعناها) كبيع وشراء واجارة

(قوله حتى اعتبر من الثلث) ليس على اطلاقه لان المأذون اذا حابى فى مرض الموت اعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما يبقى بعد الدين وان كان الدين محيطا بما فى يده يقال للمشترى اد جميع المحاباة والا فرد المبيع كما فى الحر هذا اذا كان المولى صحيحا وان كان مريضا الا تصح محاباة العبد الا من ثلث مال المولى سواء الفاحش وغير الفاحش من المحاباة كما التبيين وفى النهاية بأوسع من هذا (قوله ويأخذها مزارعة ويشترى بزرا يزرعه) لانه يصير مستأجرا لها ببعض الخارج وانه أنفع من الاستئجار بالدراهم فانه هناك يلزمه الاجر وان لم يحصل له الخارج وههنا لا يلزمه شئ اذا لم يحصل وله ان يدفع الارض مزارعة ولو ببذر من قبله كما فى النهاية (قوله ويشارك عنانا لانها من صنيع التجار) احترز به عن المفاوضة قال الزيلعى وليس له ان يشارك مفاوضة لانها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها لكونها تبرعا اه وقال فى النهاية شركة العنان انما تصح منه اذا اشترك الشريكان مطلقا عن ذكر الشراء بالنقد والنسيئة اما لو اشترك العبدان المأذونان شركة عنان على ان يشتريا بالنقد والنسيئة بينهما لم يجز من ذلك النسيئة وجاز النقد لان فى النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه ولو اذن لهما الموليان فى الشركة على الشراء بالنقد والنسيئة ولا دين عليهما فهو جائز كما لو اذن لكل واحد منهما مولاه بالكفالة او التوكيل بالشراء بالنسيئة كذا فى المبسوط والذخيرة غير انه ذكر فى الذخيرة واذا اذن له المولى بشركة المفاوضة فلا تجوز المفاوضة منه لان اذن المولى بالكفالة لا يجوز فى التجارات اه (قوله ويقر بدين) لا فرق بين ان يكون عليه دين اولا اذا اقر فى صحته وان فى مرضه قدم غرماء الصحة كما فى الحر (قوله كذا ذكره الزيلعى) لكنه لم يخصه بالدين فان عبارته ويقر بدين وغصب ووديعة ثم قال وبطل اقراره للزوج والولد والوالدين عند ابى حنيفة خلافا لهما اه (قوله ويهدى طعاما يسيرا) احترز به عما سوى المأكولات من الدراهم والدنانير والثياب الآن يهب مالا يساوى درهما وان اجاز المولى هبته صحت ان لم يكن عليه دين فيملك التصدق بالفلس والرغيف وبالفضة ما دون الدرهم (قوله ويضيف من يطعمه) المراد ضيافة يسيرة استحسانا والضيافة العظيمة مبقاة على القياس والفاصل بينهما ما روى عن محمد بن سلمة أنه قال على قدر مال التجارة ان كان عشرة فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذلك كثير عرفا كما فى النهاية (قوله ويأذن لعبده ذكره الزيلعى) لم اره فى هذا الباب فيه صريحا لانه قال فى تعليل قول الكنز ولا يكاتب والشئ لا يتضمن ما هو فوقه اه والمسئلة مذكورة فى قاضيخان (قوله ليس اذنا له) يعنى به (قوله ولا يكاتبه) اى لا يكاتب رقيقه فان فعل وأجازه المولى صار مكاتبا له وخرج عن ان يكون كسبا لعبده كما فى النهاية (قوله ولا يعتق مطلقا) قال الزيلعى لو اعتق ولا دين عليه فأجازه المولى نفذ ويكون قبض البدل اليه لو كان العتق على مال اه ولو عليه دين فأجاز المولى العتق جاز وضمن قيمة العبد للغرماء المأذون كذا فى النهاية

واستئجار وغرم وديعة وغصب وامانة جحدها وعقر وجب بوطء مشرية بعد الاستحقاق (يتعلق برقبته) لانه دين ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجة (يباع فيه ان حضر مولاه) قال في الهداية يباع للغرماء الا أن يفديه المولى وقال شراحه هذا اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور ولان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته أو بحضرة نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه (ويقسم ثمنه بالحصص و) يتعلق (بكسبه مطلقا) أي سواء حصل قبل الدين او بعده (و) يتعلق (بما اتهب وان لم يحضر) أي مولاه هذا قيد للكسب والاتهاب ولا تنافي بين تعلقه بالكسب وتعلقه بالرقبة فيتعلق بهما ولكن يبدأ بالاستيفاء من الكسب لامكان توفير حق الغرماء مع تحصيل مقصود المولى فان لم يوجد الكسب يستوفى من الرقبة كذا في الكافي (لا) أي لا يتعلق الدين (بما اخذه منه مولاه قبل الدين) لوجود شرط الخلوص له (ويطالب بما بقيه بعد عتقه) لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة ولا يباع ثانيا لان المشتري يمتنع حينئذ عن شرائه فيؤدي الى امتناع البيع بالكلية فيتضرر الغرماء (وللمولى اخذ غلة مثله بوجود دينه وما زاد للغرماء) يعني لو كان المولى يأخذ من العبد كل شهر عشرة دراهم مثلا قبل لحوق الدين كان له ان يأخذها بعد لحوقه استحسانا والقياس ان لا يأخذ لان الدين مقدم على حق المولى في الكسب وجه الاستحسان ان في ذلك نفع الغرماء لان حقهم يتعلق بمكاسبه ولا تحصل المكاسب الا ببقاء الاذن في التجارة ولو منع من اخذ الغلة يحجر عليه فينسد باب الاكتساب ولو اخذ اكثر من غلة مثله رد الفضل على الغرماء لتقدم حقهم ولا ضرورة فيها (وينحجر بحجره) أي بقول المولى له حجرتك عن التصرف او ايصال خبر حجره اليه (ان علم اكثر اهل سوقه) حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لا ينحجر اذ المعتبر اشتهار الحجر وشيوعه فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل هذا اذا كان الاذن شائعا أما اذا لم يعلمه الا العبد ثم حجر عليه بمعرفته ينحجر لانتفاء الضرر (و) ينحجر ايضا (باباقه) لان المولى لا يرضى بتصرف عبده الخارج عن طاعته عادة فكان حجرا عليه دلالة (وموت مولاه وجنونه مطبقا ولحوقه بدار الحرب مرتدا) علم العبد او لم يعلم لان الاذن ليس امرا لازما وما لا يكون لازما من التصرفات يكون لدوامه حكم الابتداء كانه اذن له ابتداء في كل ساعة لتمكنه من الفسخ والحجر عليه في كل ساعة فتركه على ما كان عليه كانشاء الاذن فيه فيشترط قيام الاهلية في تلك الساعة كما شرط في الابتداء وقد زالت بالموت والجنون وباللحاق ايضا لانه موت حكما حتى يعتق مدبروه وامهات أولاده ويقسم ماله بين ورثته فصار محجورا عليه في ضمن بطلان الاهلية

(قوله يباع فيه ان حضر مولاه) لم يذكر المصنف رحمه الله تعالى من يتولى بيعه وقال في النهاية اي يبيعه القاضي بدينهم فان قلت كيف هذا الاطلاق على قول أبي حنيفة رحمه الله فان على أصله ان الحر العاقل لا يحجر بسبب الدين حتى لا يبيع القاضي ماله بدون رضاه وقيد واههنا في حواشي الكتاب المقروء على الاساتذة بأن معنى قوله يباع للغرماء اي يجبر القاضي المولى على البيع هل لهذا القيد وجه صحة أم لا قلت ليس لهذا القيد وجه صحة اصلا بل يبيع القاضي العبد ههنا بدون رضا المولى بالاتفاق وانما يقع مثل هذه القيود للتساهل وقلة المطالعة في كتب السلف ولو لم يكن كتابي هذا الا لمعرفة بطلان هذه القيود لكفى به مغنما وعد الطريق الصواب معلما وهذه الرواية مذكورة في الذخيرة ثم قال بعد نقلها وليس في بيع المأذون بغير رضا المولى حجر عليه لان المولى قبل ذلك محجور عن بيعه فكان بمنزلة التركة المستغرقة بالدين يبيعها القاضي اذا امتنع الورثة عن قضاء الدين من مالهم بغير رضاهم اهـ قلت فاطلاق بيع القاضي اولا مقيد بما اذا لم يبع المولى حين امره القاضي به بمنزلة التركة اهـ (قوله ان علم به اكثر اهل سوقه) هذا في الحجر القصدي كما اشار اليه بقوله اي بقول المولى له حجرتك الخ واما اذا ثبت الحجر ضمنا فلا يشترط علم اكثر اهل سوقه ولا علم واحد منهم كما في النهاية (قوله حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لا ينحجر) فيه تسامح بل العبرة للاكثر كما ذكره قبل ويبقى مأذونا ولو في حق من سمع من الاول حجره ايضا (قوله وباباقه) قال الزيلعي ولو عاد من الاباق فالصحيح ان الاذن لا يعود (قوله وجنونه مطبقا) قال محمد اذا كان الجنون دون السنة فليس بمطبق والسنة وما فوقها مطبق وعن أبي يوسف ان اكثر السنة فصاعدا مطبق وما دونه فليس بمطبق كذا في النهاية عن الذخيرة (قوله علم العبد أو لم يعلم) كذا حكم أهل سوقه

(واستيلادها)

(واستيلادها) اى تحجر الامة المأذونة باستيلادها فانه يحصنها بعد الولادة فيكون الاستيلاد دلالة الحجر عادة (لا بالتدبير) أى اذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهى مأذون لها على حالها لعدم دلالة الحجر اذ لم تجر العادة بتحصين المدبرة (وضمن) اى المولى (بهما) اى بالاستيلاد والتدبير (قيمتهما) للغرماء لاتلافه محلا يتعلق به حقهم اذ بهما يمتنع البيع وبه كان يقضى حقوقهم (اقر) اى المأذون (بعد حجره ان ما معه أمانة أو غصب أو بدين عليه صح) اقراره ويقضى مما فى يده وقالا لا يصح لان مصحح اقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة وله أن المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقراره قبل الحجر فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغ ما فى يده من الاكساب عن حاجته واقراره دليل تحققها (أحاط دينه بماله ورقبته لم يملك مولاه ما معه فلم يعتق عبد كسبه باعتاق مولاه) وقالا يملكه المولى فيعتق العبد وعليه قيمته لوجود سبب الملك فى كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقه ووطء الجارية المأذون لها وهو دليل كمال الملك وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه والعتق وعدمه فرع ثبوت الملك وعدمه (وعتق ان لم يحط) أى دينه بماله ورقبته بلا خلاف اما عندهما فظاهر وأما عنده فلانه لا يعرى عن قليل دين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل المقصود من الاذن (ويبيع من مولاه بمثل القيمة) لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين ولا يبيع منه بنقصان لانه متهم فى حقه لكونه مولاه (و) يبيع (مولاه منه (به) أى بمثل القيمة (وبالاقل) لان مولاه اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين كما مر ولا تهمة فيه (وله) اى للمولى (حبسه) أى المبيع (بالثمن) أى بمقابلة استيفاء الثمن من العبد لان البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يتصل اليه الثمن فيبقى ملك اليد للمولى على ما كان عليه حتى يستوفى الثمن ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء (ولو باع) المولى منه بالاكثر (حط الزائد او فسخ العقد) أى يؤمر مولاه بازالة المحاباة أو فسخ العقد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء (ويبطل) أى الثمن (لو سلم) أى مولاه (المبيع قبل قبضه) أى الثمن فلا يطالب العبد بشئ لانه لما سلم المبيع سقط حقه فى الحبس ولا يجب له على عبده دين فخرج مجانا (صح اعتاقه) أى اعتاق المولى العبد المأذون (مديونا) لبقاء ملكه (وضمن) المولى للغرماء

(قوله اى تحجر الامة المأذونة بالاستيلاد) هذا استحسان وتأويل المسئلة فيما اذا استولدها من غير تصريح بالاذن أما اذا استولدها ثم قال لا اريد الحجر عليها بقيت على اذنها كذا ذكره الامام المحبوبى فى الجامع الصغير (قوله أى اذا استدانت الامة المأذونة الخ) انما وضع المسئلة فى أكثر من قيمتها لتظهر الفائدة فى أن المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها كما فى النهاية (قوله أقر بعد حجره ان ما معه أمانة أو غصب) هذا اذا لم يكن ما معه حصل بمثل احتطاب لما قال فى النهاية لو كان فى يده مال حصل له بالاحتطاب ونحوه فأقر به لغيره لا يصدق فيه بالاتفاق (قوله او بدين عليه صح اقراره ويقضى مما فى يده) أشار به الى أنه لا يتعدى اقراره الى رقبته حتى اذا لم يف ما فى يده بما عليه من اقرار لا تباع رقبته فيها اجماعا ومحل صحة اقراره بالدين بعد الحجر ان لا يكون عليه دين بالاذن يستغرق ما فى يده اذ لو كان لا يصح بالاجماع وأن لا يكون اقراره بدين بعد ان حجر عليه ببيعه فانه اذا أقر بالدين فى يد المشترى لا يصدق بالاتفاق كما فى النهاية (قوله وقالا لا يصح) يعنى حالا وهو القياس (قوله فلم يعتق عبد كسبه باعتاق مولاه الخ) كذا الخلاف لو ادعى نسب عبد مأذونه فيثبت منه كما يعتق وعليه القيمة عندهما للغرماء كما فى البرهان (قوله ولو باع المولى بأكثر منه حط الزائد أو فسخ العقد) هذا على القول بصحة العقد وأما على القول بالفساد فلا تخيير لما قال فى البرهان ان العقد فاسد عند أبى حنيفة وكذا لو اشترى المولى منه بغبن يسير يكون العقد فاسدا أيضا عند أبى حنيفة وهما خيراه بين الفسخ ورفع الغبن اه وقال الزيلعى قال أبو يوسف ومحمد ان باعه من المولى جاز البيع فاحشا كان الغبن أو يسيرا ولكن يخير ثم قال والاصح ان قوله كقولهما والغبن الفاحش واليسير سواء عنده كقولهما (قوله ويبطل أى الثمن) أشار به الى ما يثبت فى الذمة من الثمن اذ لو كان عرضا يكون المولى أحق به من الغرماء كما فى التبيين والبرهان (قوله صح اعتاقه مديونا) أطلق الدين فشمل ما كان بسبب التجارة والغصب وجحود الوديعة واتلاف المال وسواء علم المولى بالدين أو لم يعلم فانه يصح اعتاقه

(الاقل من دينه وقيمته) أى اذا كان الدين أقل من القيمة يضمن الدين اذ لاحق لهم الا فى الدين وان عكس ضمن القيمة اذ تعلق حقهم بالرقبة وهو أتلفها (وذا) أى المأذون ضمن (فضل دينه على قيمته) لان الدين فى ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما أتلف ضمانا فبقى الباقى عليه كما كان (بيع عبده مأذون) له (محيط دينه برقبته وغيبه المشترى) بعد ان قبض (أجاز الغريم) أى خير الغريم ان شاء أجاز (بيعه وله ثمنه) لان الحق له والاجازة اللاحقة كالاذن السابق (أو ضمن المشترى أو البائع قيمته) لان حقه تعلق بالعبد حتى كان له أن يبيعه الا أن يقضى المولى دينه والبائع متلف بالبيع والتسليم والمشترى بالقبض والتغييب فيخير فى التضمين (فان ضمن المشترى رجع) أى المشترى (بالثمن على البائع) لان أخذ القيمة منه كأخذ العين (وان ضمن البائع سلم المبيع للمشترى وتم البيع) لزوال المانع (ثم) أى بعد ما ضمن البائع (ان رد) أى العبد (على مولاه بعيب رجع) أى مولاه (على الغريم بقيمته وعاد حقه) أى حق الغريم (فى العبد) لارتفاع سبب الضمان وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن بالقيمة ثم رد عليه بعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هنا كذا فى الكافى (وأيهما اختار تضمينه برئ الآخر) حتى لا يرجع عليه وان توت القيمة عند الذى اختاره لان المخير بين شيئين اذا اختار أحدهما تعين حقه فيه وليس له ان يختار الآخر (ولو ظهر) أى العبد المغيب (بعد التضمين) أى بعد ما اختار تضمين أحدهما (لا سبيل له) أى للغريم (عليه) أى العبد (ان قضى له) بالقيمة (ببينة أو نكول) لان حقهم تحول الى القيمة بالقضاء (ولو) قضى له بالقيمة (بقول الخصم مع يمينه وقد ادعى الغريم أكثر منه) فهو بالخيار ان شاء (رضى بالقيمة أو ردها وأخذ العبد) فيبيع له اذ لم يصل اليه تمام حقه بزعمه كذا فى النهاية (وان باعه معلما دينه فللغريم رد بيعه ان لم يف بدينه ثمنه) لانه اذا لم يف به له نقض البيع كيف كان (وان وفى) ثمنه بدينه (ولا محاباة فى البيع لا) أى ليس للغريم ان يرد البيع لان حقه قد وصل اليه فينفذ البيع لزوال المانع (ولا يخاصم الغريم مشتريا أنكر دينه ان غاب بائعه) يعنى

(قوله وان عكس ضمن القيمة) يعنى بالغة ما بلغت وان كانت عشرين ألفا أو أكثر اذا كان المأذون قنا أما لو كان مدبرا أو أم ولد فلا ضمان على المولى لعدم تعلق الدين برقبتهما استيفاء بالبيع فصارت مسئلة المديون مخالفة لاعتاق الجانى من حيث العلم ومقدار الضمان كما فى النهاية (قوله بيع عبده مأذون له الخ) قال فى النهاية قوله فان باعه المولى الى أن قال فان شاء الغرماء ضمنوا البائع فيما اذا باعه بثمن لا يفى بديونهم بدون اذنه الغرماء والدين حال وأما اذا كان بخلاف هذه الاشياء الثلاثة فلا ضمان على المولى اهـ (قوله فان ضمن المشترى رجع أى المشترى بالثمن على البائع) أشار به الى أنه لا يرجع بما ضمن بل بما اداه للبائع من الثمن وما بقى من القيمة لا مطالبة له على البائع به وظاهر ان هذا فيما اذا كانت القيمة أكثر من الثمن (قوله ثم أى بعد ما ضمن البائع ان رد على مولاه بعيب رجع على الغريم بقيمته) قال الزيلعى هذا اذا رده عليه قبل القبض مطلقا أو بعده بقضاء لانه فسخ من كل وجه وكذا اذا رده عليه بخيار الرؤية أو الشرط وان رده بعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة اهـ قلت هذا مع حسنه لا يخفى ما فى لفظه اذا رده عليه قبل القبض مع ان الصورة فيما اذا غيبه المشترى وليس الا بعد القبض ولعله انما ذكر ذلك لقوله مطلقا المقابل بقوله أو بعده بقضاء (قوله وأيهما) أى البائع والمشترى اختار الغريم تضمينه منهما برئ الآخر (قوله ولو ظهر العبد الى قوله كذا فى النهاية) قال فيها عقبه وهو نظير المغصوب فى ذلك اهـ وحكاه الزيلعى أيضا عنها ثم قال بعده قال الراجى عفو ربه الحكم المذكور فى المغصوب مشروط بان تظهر العين وقيمتها أكثر مما ضمن ولم يشترط هنا ذلك وانما شرط ان يدعى الغرماء أكثر مما ضمن وان كان حقهم لم يصل اليهم بزعمهم وبينهما تفاوت كثير لان الدعوى قد تكون غير مطابقة فيجوز ان تكون قيمته مثل ما ضمن أو أقل فلا يثبت لهم الخيار فيه وانما يثبت لهم الخيار اذا ظهر وقيمته أكثر مما ضمن فلا يكون المذكور هنا مخلصا اهـ (قوله وان باعه معلما دينه) فائدة الاعلام بالدين سقوط خيار المشترى فى الرد بعيب الدين حتى يلزم البيع فى حق المتعاقدين وان لم يكن لازما فى حق الغرماء (قوله فللغريم رد بيعه ان لم يف بدينه) يعنى لو كان حالا فأما اذا كان مؤجلا فالبيع جائز ولم يتعلق به حق الغريم وكذا اذا كان البيع بطلبهم (قوله وان وفى ثمنه بدينه ولا محاباة فى البيع لا) قيد عدم رد الغريم بقيدين والثانى منهما فيه نظر لانه اذا كان به وفاء لا اعتراض للغريم سواء حابى المولى أو لا

لو باع المولى عبده المديون وقبضه المشتري ثم غاب البائع لا يكون المشتري خصما للغريم اذا انكر المشتري الدين لان الدعوى تتضمن فسخ العقد وهو قائم بالبائع والمشتري فيكون الفسخ قضاء على الغائب والحاضر ليس بخصم عنه (اشترى عبد وباع ساكتا عن اذنه وحجره فهو مأذون) يعني ان عبدا اذا قدم مصرا فباع واشترى فالمسئلة على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو لا والقياس ان لا يصدق لانه مجرد دعوى منه ولا يصدق الا بحجة لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي وجه الاستحسان ان الناس تعاملوا ذلك واجماع المسلمين حجة يخص به الاثر ويترك القياس فيه والنظر وثانيهما ان يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء والقياس فيه ايضا ان لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر انه مأذون لان أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما امكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب ان يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن الناس (ولا يباع لدينه الا اذا اقر مولاه باذنه) لان الاذن بالتجارة رضا ببيع رقبة المأذون بالدين (او اثبته) أي الاذن (الغريم) يعني ان قال المولى هو محجور فالقول له لتمسكه بالاصل فلا يباع الا اذا اثبت الغريم اذنه فحينئذ يباع (و) النوع الثاني (اذن الصبي والمعتوه) العته اختلال في العقل بحيث يختلط كلامه فيشتبه تارة بكلام العقلاء وأخرى بكلام المجانين وحكمه حكم الصبي مع العقل (وهو وقف الحجر واثبات الولاية لهما وتصرفهما ان نفع كالاسلام والاتهاب صح بدونه) أي بدون الاذن (وان ضر كالطلاق والعتاق لا وان) وصلية (اذن به وما نفع) تارة (وضر) أخرى (كالبيع والشراء صح به) أي بالاذن لان الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز ويشبه طفلا لا عقل له من حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب وفي عقله قصور وللغير عليه ولاية فالحق بالبالغ في النافع المحض وبالطفل في الضار المحض وفي الدائر بينهما بالطفل عند عدم الاذن وبالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن ولكن قبل الاذن يكون منعقدا موقوفا على اجازة الولي لان فيه منفعة لصيرورته مهتديا الى وجوه التجارات حتى لو بلغ فاجازه نفذ عندنا خلافا لزفر لانه توقف على اجازة وليه وقد صار وليا بنفسه (وشرط لصحته) أي الاذن (ان يعقلا البيع سالبا للملك) عن البائع (والشراء جالبا له) أي للملك الى المشتري (الولي الاب ثم وصيه ثم الجد) أبو الاب (ثم وصيه ثم القاضي أو وصيه) دون الام أو وصيها وقد سبق الاشارة اليه في كتاب النكاح في باب الولي (ولو اقرا) أي الصبي والمعتوه (لانسان بما معهما من الكسب والارث) يعني اقرا ان ما ورثاه من ابيهما لفلان (صح) في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة انه لا يصح فيما ورثه لان صحة اقراره في كسبه لحاجته الى ذلك في التجارات ولا حاجة في الموروث وجه الظاهر انه بانضمام رأي الولي التحق بالبالغ وكل من المالين ملكه فيصح اقراره فيهما

(كتاب الوكالة)

وجه المناسبة بين الكتابين ان في كل من الوكالة والاذن معنى الرضا بتصرف الغير

(قوله ثم الجد ثم وصيه ثم القاضي) قال الزيلعي ثم وصي جده ثم الوالي ثم القاضي اه

(كتاب الوكالة)

(قوله لم يعقل الخ) لان المعرفة اذا افيدت معرفة تكون عينا فيلزم ما ذكره (قوله والحر البالغ) مثله في قوله توكيل المسلم كافرا ببيع الخمر غنية عنه لانه لا يختص بكون الموكل والوكيل بالغا واذا كان لا يختص وصح توكيل البالغ كافرا فكذا غيره (قوله فيتناول الصور الاربع) لايلزم من هذا انحصار الصور فيه اذ كراهة توكيل الصبي والعبد حرا وبالغا

وهي لغة الحفظ ومنه الوكيل في أسماء الله تعالى ولهذا قلنا فيمن قال وكلتك في مالي يملك الحفظ فقط وقيل التركيب يدل على معنى التفويض والاعتماد ومنه التوكل يقال على الله توكلنا أي فوضنا أمورنا وسلمنا وعلى هذا (التوكيل) لغة تفويض الامر الى الغير وشرعا (تفويض التصرف) في أمره (الى غيره) واقامته مقامه (والرسالة تبليغ الكلام الى الغير) بلا دخل له في التصرف (وشرط جوازه كون الموكل أهل تصرف) لم يقل أهل التصرف لئلا يفهم ارادة التصرف المذكور فانها باطلة لاستلزامه ابطال توكيل المسلم كافرا ببيع الخمر (و) كون (الوكيل يعقله) أي يعقل ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير والفاحش (ويقصده) حتى لو تصرف هازلا لا يقع عن الآمر فقرع على قوله كون الموكل أهل تصرف بقوله (فصح توكيل المسلم كافرا ببيع الخمر) وفرع على قوله والوكيل يعقله ويقصده بقوله (والحر) أي ويصح أيضا توكيل الحر (البالغ والمأذون) عبدا كان أو صبيا (مثلهما) فيتناول الصور الاربع (وصبيا يعقله وعبدا) حال كونهما (محجورين) لوجود الشرط المذكور في كل مما ذكرنا ثم لم يقل ههنا وترجع حقوق العقد الى موكلهما لانه قال فيما بعد ان لم يكن محجورا (والتوكيل) عطف على توكيل المسلم (بكل ما يعقده بنفسه) فان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فيحتاج الى توكيل غيره فلا بد من جوازه دفعا لحاجته (لنفسه) احترازا عن الوكيل حيث لا يجوز له ان يوكل فيما وكل فيه لانه استفاد التصرف من غيره وهو مقيد بما أمر به حتى لو صرح به أيضا جاز (وبالخصومة) عطف على بكل (في كل حق) اذ ليس كل أحد يهتدي الى وجوه الخصومات فيحتاج الى توكيل غيره كما مر (ولم يلزمه) أي التوكيل بالخصومة لم يقل ولم يجز لان الجواز اتفاقي والخلاف في اللزوم (بلا رضا خصمه) المتأخرون اختاروا الفتوى ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت في اباء الوكيل لا يمكنه في ذلك ويقبل التوكيل من الموكل وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بصاحبه في التوكيل لا يقبل منه التوكيل الا برضا صاحبه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي كذا في الكافي (الا لموكل مريض أو مسافر) أي غائب مسافة ثلاث أيام فصاعدا (أو مريد للسفر) بان ينظر القاضي في حاله وفي عدته فانه لا تخفى هيئة من يسافر ولا يقبل قوله اني أريد ان أسافر (أو مخدرة) لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم (وصح) أيضا التوكيل (بايفائه) أي بايفاء كل حق (واستيفائه الا في حد وقود) فانه لا يجوز (بغيبة موكله) عن المجلس لانهما يسقطان بالشبهات فلا يستوفى بما يقوم مقام الغير لما فيه من نوع شبهة (قال أنت وكيلي في كل شئ كان وكيلا في الحفظ فقط ولو زاد جائز أمره كان وكيلا في جميع التصرفات حتى الطلاق والعتاق) قال في الفتاوى

(قوله والتوكيل بكل ما يعقده بنفسه) يرد عليه توكيل الذمي المسلم ببيع خمر أو خنزير والتوكيل بالاستقراض لانه يجوز مباشرته له بنفسه ولا يجوز له التوكيل فيه حتى انه يقع القرض للوكيل لكنه روى عن أبي يوسف جواز التوكيل بالاستقراض (قوله أو مخدرة) قال الزيلعي ومن الاعذار الحيض من المدعى عليها اذا كان الحكم في المسجد والحبس اذا كان من غير القاضي الذي ترافعوا اليه اه فامتنع الحصر فيما ذكره المصنف (قوله كان وكيلا في الحفظ فقط) هو الصحيح كما في الخانية ثم قال وفي فتاوى الفقيه أبي جعفر رجل قال لغيره وكلتك في جميع أموري وأقمتك مقام نفسي لا تكون الوكالة عامة ولو قال وكلتك في جميع أموري التي يجوز بها التوكيل كانت الوكالة عامة تتناول البياعات والانكحة وفي الوجه الاول اذا لم تكن عامة ينظر ان كان الرجل يختلف ليس له صناعة معروفة فالوكالة باطلة وان كان الرجل تاجرا تجارة معروفة تنصرف اليها اه (قوله ولو زاد جائز أمره كان وكيلا في جميع التصرفات حتى الطلاق والعتاق) أقول هذا بناء على ما ذكر من كلام الصغرى الذي عزاه بظاهره لغيره وقد ظهر لي غيره وهو ما قال قاضيخان لو قال أنت وكيلي في كل شئ جائز أمرك يصير وكيلا في جميع التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبة والصدقة واختلفوا في الاعتاق والطلاق

والوقف قال بعضهم يملك ذلك لاطلاق لفظ التعميم وقال بعضهم لا يملك ذلك الا اذا دل دليل سابقة الكلام ونحوه وبه أخذ الصغري الفقيه أبو الليث وذكر الناطفي اذا قال أنت وكيلي في كل شئ جائز صنعك روى عن محمد انه وكيل في المعاوضات والاجارات والهبات والاعتاق وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه وكيل في المعاوضات لا في الهبات والاعتاق قال وعليه الفتوى وهذا قريب

الصغرى لو زاد جائز أمره فهو وكيل في الحفظ والبيع والشراء وتقاضي ديونه
وحقوقه والهبة والصدقة وغير ذلك لانه فوض اليه التصرف عاما فصار كما لو قال
ما صنعت من شئ فهو جائز فيملك جميع أنواع التصرفات حتى لو أنفق على نفسه
جاز لانه أجاز صنيعه وهذا من صنيعه ثم قال وهذا التعليل يقتضي أنه اذا طلق
امرأته جاز فيفتى بهذا حتى يتبين خلافه (حقوق عقد) مبتدأ خبره قوله الآتي
تتعلق به (يضيفه الوكيل الى نفسه) في عرف أهل المعاملة (كبيع واجارة وصلح
عن اقرار) أمثلة للعقد فان الوكيل بالبيع يقول بعت هذا منك ولا يقول بعت
هذا منك من قبل فلان وكذا الوكيل بالشراء يقول اشتريت هذا منك ولا يقول
لاجل فلان (تتعلق) أي تلك الحقوق (به) أي بالوكيل (ان لم يكن) أي الوكيل
(محجورا) احتراز عن الصبي والعبد المحجورين فان توكيلهما جائز لكن حقوق
عقدهما ترجع الى الموكل ومثل حقوق العقد بقوله (كتسليم المبيع) ان وكل
بالبيع (وقبضه) ان وكل بالشراء (وقبض ثمنه) أي ثمن مبيعه (والمطالبة بثمن
مشريه) يعني ان الوكيل بالشراء اذا اشترى شيأ يطالبه البائع بثمنه (والرجوع
به) أي بالثمن (عند الاستحقاق) أي استحقاق ما باع أو رجوعه هو بالثمن على
بائعه عند استحقاق ما اشترى (والمخاصمة) أي يخاصم ويخاصم (في شفعة ما بيع
وفي العيب فيرده) أي المبيع الى البائع (لو) كان (بيده وبعد تسليمه الى الموكل)
يرده (باذنه) أي اذن الموكل (وللمشتري منع الثمن من موكل بائعه) يعني اذا وكل
رجلا ببيع شئ فباعه ثم الموكل طالب الثمن من المشتري له منعه لان المشتري أجنبي
عن العقد وحقوقه كما بينا (وان دفع اليه) أي الموكل (صح ولا يطالبه بائعه) يعني
الوكيل ثانيا لان المقبوض حقه فلا فائدة في نزعه منه ثم رده اليه وبرئت ذمة
المشتري لوصول الثمن الى مستحقه (والملك يثبت للموكل ابتداء لكن خلافه عن
الوكيل) جواب عن سؤال مقدر كما ذكر في النهاية وهو ان يقال اذا ثبت الملك
للموكل ينبغي ان تكون الحقوق راجعة اليه لانها تابعة للملك فأجاب عنه بهذا وقال
نعم الملك يثبت للموكل ابتداء لكن يثبت له خلافه عن الوكيل وحاصله ان الوكيل
خلف عن الموكل في حق استفادة التصرف والموكل خلف عن الوكيل في حق
الملك كالعبد اذا قبل الهبة ثبت الملك للمولى ابتداء (وقيل) الملك يثبت (للوكيل
لكن لا يتقرر) بل ينتقل الى الموكل بلا مهلة (وعلى القولين لا يعتق قريب شراه)
أي الوكيل (ولو كان) أي المشتري (عرسه لا يفسد النكاح) أما على الاول فظاهر
لان المشتري لم يملك وأما على الثاني فلان العتق وفساد النكاح يقتضيان تقرر
الملك على ما ذكر في الزيادات وغيره فاذا لم يوجد لم يحصلا واعترض عليه بانه
مخالف لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه
وأجيب بان المطلق ينصرف الى الكامل وهو الملك المقرر والمجتهد غير غافل
وانما فرعهما الاكثرون على القول الاول لانه أصح عندهم (وحقوق عقد
يضيفه) أي الوكيل (الى الموكل كنكاح وخلع وصلح عن انكار أو دم عمد وعتق
على مال وكتابة وهبة وتصدق واعارة وايداع ورهن واقراض تتعلق بالموكل)
وضابطه أن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات

مما اختاره الفقيه أبو الليث اهـ وقال
في الاشباه والنظائر الوكيل ان كانت
وكالته عامة ملك كل شئ الا طلاق
الزوجة وعتق العبد ووقف البيت وقد
كتبنا فيها رسالة اهـ (قوله احتراز عن
الصبي والعبد المحجورين) يفيد أنهما
لو كانا مأذونين تعلقت بهما الحقوق
مطلقا وقال في الذخيرة ان كان وكيلا
بالبيع بثمن حال أو مؤجل تلزمه
العهدة وان كان وكيلا بالشراء بثمن
مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا
بل العهدة على الآمر وان كان بثمن حال
فالقياس أن لا يلزمه وفي الاستحسان
تلزمه وفي الايضاح اذا أمره أن يشتري
بالنقد ففعل جاز والعهدة عليه وكان
القياس أن لا يجوز وجاز استحسانا ولو
أمره بالشراء نسيئة كان ما اشتراه له
دون الآمر وذكر وجهه كل في التبيين
(قوله لكن حقوق عقدهما ترجع الى
الموكل) يعني ما لم يعتق فاذا عتق العبد
لزمتها العهدة والصبي اذا بلغ لا تلزمه
(قوله والرجوع به) أي بالثمن عند
الاستحقاق يعني على الوكيل (قوله
والمخاصمة في شفعة ما بيع) ذكره في
الشفعة أيضا بأتم من هذا (قوله لان
المشتري أجنبي عن العقد وحقوقه كما
بينا) لعل صوابه لان الموكل أجنبي اذ
المشتري نفسه هو المطلوب منه الثمن
وبائعه الوكيل فالعقد متعلق بحقوقه
بهما أي الوكيل والمشتري منه وأما الموكل
فأجنبي عن العقد وحقوقه والله سبحانه
وتعالى أعلم

{باب الوكالة بالبيع والشراء}

والوكيل اجنبي عن الحكم فلابد من اضافة العقد الى الموكل ليكون الحكم مقارنا للسبب اما النكاح فلان الاصل فى البضع الحرمة فكان النكاح اسقاطا لها والساقط يتلاشى فلا يتصور صدور السبب عن شخص على سبيل الاصالة ووقوع الحكم لغيره فجعل سفيرا ليقترن الحكم بالسبب حتى لو اضاف النكاح الى نفسه وقع له بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما فى البيع بخيار فجاز صدور السبب عن شخص اصالة ووقوع الحكم لغيره خلافه واما الخلع فلانه اسقاط للنكاح والناكح المرء والمنكوحة المرأة والوكيل اما منه او منها وعلى التقديرين يكون سفيرا محضا فلابد من الاضافة الى الموكل واما الصلح عن انكار فانه ايضا اسقاط محض لاتشوبه معاوضة بل فداء يمين فى حق المدعى عليه فلابد من الاضافة الى الموكل وكذا الصلح عن دم العمد فانه اسقاط محض والوكيل اجنبي سفير فلابد من الاضافة الى الموكل وكذا الحال فى البواقى هذا ملخص ماذكره القوم فى هذا المقام ويضمحل به ماقال صدر الشريعة واما الصلح فلا فرق فيه بين ان يكون عن اقرار او انكار فى الاضافة فان زيد اذا ادعى دارا على عمرو فوكل عمرو وكيلا على ان يصالح على المائة فيقول زيد صالحت عن دعوى الدار على عمرو بالمائة ويقبل الوكيل هذا الصلح يتم الصلح سواء كان عن اقرار او انكار الا انه اذا كان عن اقرار يكون كالبيع فترجع الحقوق الى الوكيل كما فى البيع فتسليم بدل الصلح على الوكيل واذا كان عن انكار فهو فداء يمين فى حق المدعى عليه فالوكيل سفير محض فلا ترجع اليه الحقوق وذلك لانه ان اراد بقوله يتم الصلح سواء كان عن اقرار او انكار تمامه بلا اعتبار اضافته فى صورة الاقرار الى الوكيل وفى صورة الانكار الى الموكل فلا نسلم ذلك فانه عين محل النزاع وان اراد تمامه باعتبار تلك الاضافة كان اعترافا بصحة كلام القوم فلا وجه لانكار الفرق والقول بالتسوية وفرع على كون الوكيل فى هذه الصور سفيرا محضا بقوله (فلا يطالب) من قبل المرأة (وكيله) اى وكيل الزوج (بالمهر ووكيلها بتسليمها او ببدل الخلع) لما مر من كون الوكيل فى هذه الصور سفيرا محضا (التوكيل بالاستقراض باطل) حتى لا يثبت به الملك لان تفويض التصرف فى ملك الغير لا يجوز ونقض بالتوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان التصرف فى ملك الغير انما لا يجوز اذا لم يكن بعوض وفى التوكيل بالشراء عوض فافترقا (لا الرسالة) فانها غير باطلة لانتفاء تفويض التصرف فيها لان الرسول سفير محض وقد مر ان التوكيل بالاقرار صحيح لان تفويض التصرف فى ملكه

{باب الوكالة بالبيع والشراء}

(ان عممت) اى الوكالة جزاء الشرط قوله الآتى صحت قال فى الهداية من وكل بشراء شئ فلابد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما ليمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع مارأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاى شئ يشتريه يكون ممتثلا (او علم) بصيغة المجهول اى يكون معلوما بين الوكيل والموكل (ماوكل بشرائه او جهل جهالة يسيرة) وهى جهالة النوع

(صحت)

(قوله فان بين النوع) بين مبنى للمفعول أى بين النوع المستلزم لبيان الجنس كالتوكيل بشراء عبد تركى (قوله أو ثمن عين نوعا) أقول عين فعل وفاعله الضمير العائد على ثمن ونوعا مفعوله (قوله والا فلا) أى ان لم يبين الجنس مع النوع ولا الثمن مع الجنس لا يصح التوكيل لكنه قال قاضيخان لو قال اشترلى حمارا أو فرسا صح وان لم يبين الثمن وينصرف الى ما يليق بحال الموكل ثم قال ولو قال اشترلى دارا ببغداد فى محلة كذا جاز وان لم يبين الثمن اهـ (قوله فاذا وكل بشراء فرس) مفرع على القسم الاول المجهول جهالة يسيرة (قوله ونحوه مما ذكر) يعنى كالبغل والحمار والثوب الهروى والمروى فانه يصح وان لم يبين الثمن (قوله واذا وكل بشراء عبد ونحوه) من مدخول فاء التفريع المتقدمة وهو راجع للقسم الثالث المجهول جهالة متوسطة وكان ينبغى ذكر القسم الثانى المجهول جهالة فاحشة عقب الاول لمناسبة الترتيب كما كر عليه ثم قوله ونحوه يعنى الامة والدار (قوله أو ثمن) عطف على نائب الفاعل والعامل فيه بين أى بين ثمن وبيانه بذكر قدره وجنسه ووصفه وقوله عين فعل والضمير فيه للثمن ونوعا مفعوله والمعنى ان بيان الثمن مع الجنس كبيان الجنس مع النوع فان جهالة نوعه تندفع بذكر مبلغ ثمنه لكونها يسيرة فيصح التوكيل كقوله اشترلى عبدا بمائة وهى ثمن التركى من انواعه (قوله التوكيل بشراء الطعام الخ) ذكره الزيلعى والفارق بين ذلك العرف ويعرف بالاجتهاد حتى اذا عرف انه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز بأن كان عنده وليمة جاز له أن يشترى الخبز ثم قال وقال بعض مشايخ ماوراء النهر الطعام فى عرفنا ينصرف الى ما يمكن أكله يعنى المهيأ للاكل كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه وقال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى وعليه الفتوى اهـ وقال قاضيخان بعد ذكره التفصيل عن خواهرزاده رحمه الله تعالى قالوا هذا فى عرفهم فان عرفهم اسم الطعام ان كان مقرونا بالشراء ينصرف الى الحنطة والدقيق أما فى عرفنا اسم الطعام ان كان مقرونا بالشراء ينصرف الى المطبوخ كاللحم المطبوخ والشواء وما يؤكل مع الخبز أو وحده اهـ (قوله والدقيق فى متوسطه) لم يقتصر عليه فى الخانية حيث قال ان كانت بين القليل والكثير فهو على الحنطة والدقيق (قوله ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد) أى فيجب على المشترى مثل ما اشترى به (قوله فصار الاطلاق والتقييد فى الدين سواء) يعنى فى الشراء بالدين

(صحت) أى الوكالة (وان) وصلية (لم يبين الثمن) لان الوكيل يقدر على الامتثال (وان) شرطية (جهل) أى ما وكل به (جهالة فاحشة) وهى جهالة الجنس (لا) أى لا تصح الوكالة (وان) وصلية (بين الثمن) لان الوكيل لا يقدر على الامتثال (وان) شرطية (جهل) أى ما وكل به (جهالة متوسطة) وهى ما بين النوع والجنس (فان بين النوع أو ثمن عين نوعا صحت) لان الوكيل حينئذ يقدر على الامتثال لكون الجهالة يسيرة (والا فلا) لان الوكيل ههنا أيضا لا يقدر على الامتثال لكون الجهالة فاحشة (الاول) وهو ما جهل جهالة يسيرة (كالفرس والبغل والحمار والثوب الهروى أو المروى والثانى) وهو ما جهل جهالة فاحشة (كالثوب والدابة والرقيق والثالث) وهو ما جهل جهالة متوسطة (كالعبد والامة والدار فاذا وكل بشراء فرس ونحوه) مما ذكر (صح وان لم يبين الثمن) لانه من القسم الاول (و) اذا وكل (بشراء عبد ونحوه صح ان بين النوع) كالتركى (أو ثمن عين نوعا) من أنواع العبيد وجعل ملحقا بجهالة النوع وان لم يبين شئ منهما لم يصح والحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال (و) اذا وكل (بشراء ثوب ونحوه لا) أى لا يصح (وان بينه) أى الثمن اذ بمجرد بيانه لا ترتفع الجهالة (التوكيل بشراء طعام يقع على البر ودقيقه) يعنى دفع الى آخر دراهم وقال اشترلى طعاما يشترى البر ودقيقه والقياس ان يشترى كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما فى اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان الطعام اذا قرن بالبيع والشراء يحمل على ما ذكرنا عرفا ولا عرف فى الاكل فبقى على الوضع (وقيل) يقع (على البر فى دراهم كثيرة والخبز فى قليله والدقيق فى متوسطه) رعاية للتناسب بين الثمن والمثمن (وفى متخذ الوليمة) يقع (على الخبز مطلقا) يعنى قلت الدراهم أو كثرت لدلالة الحال (وكل بشراء هذا العبد بدين له على الوكيل صح) يعنى اذا كان لرجل على آخر ألف فأمره ان يشترى بها هذا العبد فاشتراه صح ولزم الموكل حتى لو مات مات عليه (وان اطلق) يعنى وكل بان يشترى له بالالف عبدا غير معين (فاشترى عبدا كان) أى ذلك العبد (للوكيل الا أن يقبضه الموكل) حتى لو مات قبل قبض الموكل مات على الوكيل ولو بعده مات على الموكل وقالا هو للموكل فى الوجهين اذا قبضه الوكيل لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان فى المعاوضات دينا كانت أو عينا حتى لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فى الدين سواء فيصح التوكيل ويلزم الموكل وله انها تتعين فى الوكالات حتى لو قيد الوكالة بالعين

منهم أو بالدين منهما ثم استهلك العين أو أسقط الدين باسقاط رب الدين عن المديون
بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين بلا توكيل
بقبضه أو كان أمرا بدفع شيء لا يملكه الموكل الا بالقبض وهو الدين وكلاهما غير جائز
واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على الوكيل فيهلك من ماله الا أن يقبضه الموكل
من الوكيل فيصير بيعا بالتعاطي فيهلك من مال الموكل (وكل عبد لشراء نفسه
من مولاه له) أي للموكل (فان قال له بعني نفسي لفلان فباع صح) فيكون للموكل
لان العبد يصلح لان يشتري نفسه لنفسه ولغيره بالوكالة لكونه أجنبيا عن ماليته
والبيع يرد عليه من حيث انه مال لان ماليته في يده فاذا أضافه الى الآمر صح فعله
للامتثال فيقع العقد للآمر (وان لم يقل لفلان) بل قال بعني نفسي لنفسي أو قال
بعني نفسي ولم يقل لي أو لفلان (عتق) أما في الاول فلما مر انه يصلح لشراء نفسه وأما
في الثاني فلان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع الامتثال بالاحتمال فيصير
التصرف واقعا لنفسه (والثمن على العبد فيهما) أي في الوجهين لا على الآمر أما
اذا وقع الشراء له فظاهر وأما اذا وقع للآمر فلان المباشر هو العبد فترجع الحقوق
اليه فيطالب بالثمن لكنه يرجع على الآمر فان قيل العبد هنا محجور وقد مر أن
العبد اذا كان محجورا عليه لا ترجع الحقوق اليه قلنا زال الحجر هنا بالعقد الذي
باشره مقترنا باذن المولى (وكل عبد من يشتري نفسه من مولاه له) أي للعبد (بالف
دفع) الى وكيله (فان قال) أي وكيله (له) أي لمولاه (اشتريته لنفسه فباعه عتق
عليه) أي على ذلك المال لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه بمال
قبول الاعتاق ببدل والوكيل سفير عنه فصار كأنه اشترى بنفسه فلزم والولاء للمولى
(وان لم يقل) وكيله اشتريته (لنفسه كان) أي العبد (لوكيله) لان اللفظ حقيقة
للمعاوضة وأمكن العمل بها اذا لم يتبين فيراعى ذلك بخلاف شراء العبد نفسه لتعين
المجاز فيه (وعليه) أي على الوكيل (ثمنه) لانه العاقد (والالف) الذي دفعه العبد
(للمولى) لانه كسب عبده (قال) أي المأمور بشراء العبد (شريت عبدا للآمر
فمات) أي العبد (وقال) أي الآمر (بل شريت لنفسك فان كان) أي العبد
(معينا فلو) كان حيا (فالقول للمأمور مطلقا) أي سواء كان الثمن منقودا أولا
(ولو) كان (ميتا فان كان الثمن منقودا فكذا) أي القول للمأمور (والا) أي وان لم
يكن منقودا (فللآمر) أي القول له (وان كان غيره) أي ان كان العبد غير معين
(فكذا) أي القول للمأمور (ان كان) أي الثمن (منقودا) سواء كان العبد حيا أو ميتا
(والا) أي وان لم يكن الثمن منقودا (فللآمر) سواء كان العبد حيا أو ميتا قال في
الكافي هذه المسئلة على ثمانية أوجه لانه اما ان يكون مأمورا بشراء عبد بعينه أو بغير
عينه وكل وجه على وجهين اما ان يكون الثمن منقودا أولا وكل وجه على وجهين
اما ان يكون العبد حيا حين أخبر الوكيل بالشراء أو ميتا فان كان مأمورا بشراء عبد
بعينه فان أخبر عن شرائه والعبد حي فالقول للمأمور بالاجماع منقودا كان الثمن
أو غير منقود لانه أخبر عن أمر يملك استئنافه والمخبر به في التحقق والثبوت يستغني

(قوله ثم استهلك العين) قال الزيلعي ثم هلاك
العين وذكر في النهاية ان النقود لا تتعين
في الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا
بعده عند عامتهم لان الوكالة وسيلة الى
الشراء فتعتبر بالشراء وعزاه الى الزيادات
والذخيرة اه ثم قال فعلى هذا لا يلزمهما
ما قاله أبو حنيفة وتمامه فيه (قوله فان
قال بعني نفسي لفلان فباع صح) يعني
اذا قبل العبد لان البيع لا ينعقد بالايجاب
وحده (قوله لكنه يرجع على الآمر كذا
قال الزيلعي) أقول المراد بالآمر الآمر في
حد ذاته لا خصوص الآمر هنا لانه صار
سيدا والعبد لا يستوجب على سيده دينا
فليتأمل (قوله وان لم يقل لفلان عتق)
يعني بمجرد الايجاب ولا يحتاج الى قبول
العبد لانه اعتاق فيستبد به المولى

عن الاشهاد فيصدق وان كان العبد ميتا حين أخبر فقال هلك عندي بعد الشراء وانكره الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للآمر لانه يخبر عما لا يملك استئنافه وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور مع يمينه لان الثمن كان أمانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي أمر به فكان القول له وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المأمور اشتريته لك فقال الآمر لا بل هو عبدك فان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه يخبر عما يملك استئنافه وان لم يكن منقودا فالقول للآمر عند أبي حنيفة وعندهما القول للمأمور وان كان العبد ميتا فان لم يكن الثمن منقودا فالقول للآمر لانه أخبر عما لا يملك استئنافه وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه أمين ادعى الخروج عن عهدة الامانة فيكون القول قوله قال في الهداية من أمر رجلا بشراء عبد بألف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور لان في الوجه الاول أخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو منكر فالقول للمنكر وفي الثاني هو أمين يدعي الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله وقال صدر الشريعة كل واحد من التعليلين شامل للصورتين فلا يتم به الفرق أقول الامر ليس كما قال لان التعليل الثاني لا يجري في الصورة الاولى اذ لا يجوز أن يقال المأمور أمين يدعي الخروج عن عهدة الامانة لانه انما يكون أمينا اذا كان قابضا الثمن والفرض انه لم يقبضه (له) أي للوكيل بالشراء (الرجوع بالثمن على آمره) اذا فعل ما أمر به سواء (دفعه) أي الثمن (الى بائعه أولا و) له أيضا (حبس المبيع عنه) أي عن آمره (لقبض ثمنه وان لم يدفعه) أي الثمن الى البائع لما تقرر من انعقاد مبادلة حكمية بينهما ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل على الوكيل بالعيب (فان هلك) أي المبيع (في يده) أي الوكيل (قبل الحبس فعلى الآمر) أي هلك من ماله (ولم يسقط الثمن) لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده وله أن يحبسه حتى يستوفي الثمن لما ذكر (وبعده) أي بعد حبسه (فعليه) أي المأمور (وسقط) أي الثمن لان الوكيل كالبائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه كما في المبيع (وليس للوكيل بشراء شئ بعينه شراؤه لنفسه) لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه (الا اذا شراه بغير جنس ما سمي أو بغير النقود أو) شرى (غيره بامره بغيبته) فحينئذ يكون المشتري للوكيل الاول لانه خالف أمر الموكل فنفذ عليه (فان حضر) أي الوكيل الاول (فلآمره) أي يكون المشتري للموكل الاول لحصول رأي وكيله وعدم المخالفة (وفي غير عين) أي اذا وكل بشراء شئ غير معين (هو له) أي ما شراه للوكيل (الا اذا أطلق ونواه) أي كون المبيع (لآمره) أي اشترى بألف مطلق بلا تقييد كونه ملك الموكل لكن نوى الشراء له فيكون للموكل (أو أضاف العقد الى ماله) أي مال آمره بأن يقول اشتريت بهذا الالف وهو مال الموكل وان لم ينقد الثمن منه فان أضافه الى مال نفسه كان لنفسه حملا لحاله على

(قوله فباعه عتق عليه) قال الزيلعي وعلى العبد ألف على الصحيح غير التي كانت بيد الوكيل اسلامة تلك للمولى لكونها كسب عبده (قوله فان كان أي العبد معينا فلو كان حيا فالقول للمأمور) فيه تأمل لان المأمور يدعي موته فكيف يقال فان كان حيا فالقول قوله ولعل الصواب اسقاط لفظة فمات من دعوى الوكيل فليحرر (قوله وليس للوكيل بشراء شئ بعينه شراؤه) أي لا يكون شراؤه لنفسه متصورا حتى لو تلفظ بشرائه لنفسه أو نواه يكون للموكل الا اذا كان حاضرا وصرح بالشراء لنفسه فانه يصح له لملكه عزل نفسه بحضرة موكله دون غيبته (قوله الا اذا شراه بغير جنس ما سمى) كشرائه بدنانير ووكله بالشراء بالدراهم (قوله والاسلام) انما عدل به عن التعبير بالسلم لانه يشمل التوكيل بقبول السلم وذلك لا يصح كما ذكر فعبر بالاسلام ليختص بخلاف الصرف فانه يصح التوكيل بقبوله

مايحل شرعا له ان يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى مال غيره مستنكر شرعا وعادة (صح) التوكيل (بعقد التصرف والاسلام) العبارة المذكورة في كتب الفقه ما بعقد الصرف والسلم قال صاحب الهداية والكافي وسائر المتأخرين المراد بالاسلام اى شراء شئ بعقد السلم (لا) اى لا يصح التوكيل (بقبول السلم) لانه توكيل ببيع الكر بعقد السلم وهو لا يجوز اذ الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره ولا نظير له في الشرع (العبرة لمفارقة الوكيل فيهما) اى الصرف والسلم (لا مفارقة الآمر) يعني ان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض في العقدين بطلا لوجود الافتراق قبل القبض ولا عبرة لمفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمعتبر قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان لم تتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا القبض (قال بعني هذا الزيد فباعه فانكر المشترى) اى امر زيد بعد اقراره بقوله لزيد (فان كذبه) اى كذب المشترى (زيد) في انكاره وقال انا امرته (اخذه) اى زيد لان قوله بعني لزيد اقرار منه بالوكالة فاذا انكر الامر بعده صار مناقضا والمناقض لا قول له فيكون للموكل (وان صدقه) اى صدق المشترى زيد في انكاره (لا) اى لا ياخذه زيد لان اقرار المشترى ارتد برده (الا برضاه) لان المشترى له لما جحد الامر اول مرة بطل اقرار المقر ولزم الشراء للمشترى فاذا سلمه واخذه صار بيعا بالتعاطي (امر بشراء من لحم بدرهم فشرى منوين به مما يباع من به لزم الآمر من بنصفه) لانه امره بشراء من ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراء المن على الموكل والزيادة على الوكيل (او) امر (بشراء عبدين معينين بلا ذكر ثمن فشرى احدهما او امر بشرائهما بالف وقيمتهما سواء فشرى احدهما بنصفه او اقل وقع عنه) اى عن الآمر في الصورتين اما في الاولى فلانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالاكثر مخالفة الى شر فيقع عن المشترى الا اذا شرى الباقي بالباقي قبل الخصومة لان الشراء الاول باق وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين ولم يثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوتها (قال الوكيل شريته بالف وقال الآمر بنصفه فان كان) اى الآمر (الفه) اى اعطاه الالف (صدق المأمور ان ساواه) اى المشترى الالف يعني اذا وكل رجل آخر بشراء عبد بالف فقال اشتريته بالف وقال الآمر اشتريته بنصفه فان كان الآمر اعطاه الالف وهو يساويه فالقول للمأمور لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه خمسمائة وهو منكر (والا) اى وان لم يساوه بل يساوي خمسمائة (فالآمر) اى صدق الآمر بلا يمين لانه امره بشراء عبد بالف والمأمور اشترى بغبن فاحش فيقع فيضمن خمسمائة (وان لم يالفه وساوى نصفه) اى خمسمائة (صدق) اى الآمر بلا يمين (وان ساواه تحالفا) لان الموكل والوكيل هنا كالبائع والمشترى وقد وقع الاختلاف في الثمن فيجب التحالف ويفسخ العقد فيلزم المشترى الوكيل (كذا معين لم يسم له ثمنا فشراه واختلفا في ثمنه) يعني اذا قال له اشتر هذا العبد لي ولم يسم ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بالف وصدق البائع المأمور تحالفا

(قوله لايقبول السلم) قال الزيلعي واذا لم كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته ورأس المال مملوك له واذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا اه (قوله العبرة بمفارقة الوكيل فيهما) هذا اذا لم يكن الموكل حاضرا في مجلس العقد فان كان حاضرا في مجلسه فلا تضره مفارقة الوكيل كما في شرح المجمع ونقله الزيلعي عن النهاية معزيا الى خواهر زاده ثم قال وهذا مشكل فان الوكيل اصيل في باب البيع حضر الموكل العقد او لم يحضره (قوله اما في الاولى فلانه قابل الالف بهما الخ) فيه تأمل لان الاولى ليس الثمن مذكورا فيها ولا القيمة ولا فرق بين اتحاد القيمة واختلافها فيهما ولعل الصواب كون هذا تعليلا للثانية في كلامه ووجه الاولى ان التوكيل مطلق غير مقيد بثمن فله شراء كل منهما بقدر قيمته او اقل وبزيادة لا يتغابن الناس فيها (قوله وبالاكثر مخالفة الى شر فيقع عن المشترى) اى سواء كانت الزيادة على النصف قليلة او كثيرة وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن في مثله وقد بقي من الالف ما يشترى بمثله العبد الباقي فهو جائز كما في التبيين (قوله بل يساوي خمسمائة) مشى على القول بان الفاحش ضعف القيمة (قوله فيضمن خمسمائة) صوابه فيضمن الالف لوقوع الشراء له (قوله تحالفا) ينظر بمن يبدأ به (قوله وقال المأمور بالف وصدق البائع المأمور تحالفا) في هذه المسئلة خلاف قيل لا يتحالفان هنا لان الخلاف يرتفع بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف والى هذا مال الفقيه ابو جعفر وقال قاضيخان وهو الصحيح ومال ابو نصر الى الاول اعني التحالف وقول البائع لا يعتبر لانه استوفى الثمن فهو اجنبي عنهما وان لم يستوف فهو اجنبي عن الآمر فلا مدخل له بينهما

لانهما

وقال في الهداية وهو الأظهر وقال في الكافي هو الصحيح كذا في التبيين ﴿فصل﴾ (قوله الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له) هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأجازاه بمثل القيمة إلا في العبد والمكاتب كذا في شرح المجمع (قوله وصح بيع الوكيل الخ) هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن البيع مبادلة المال بالمال مطلقا من غير تقييد بنقد أو نسيئة وغبن فاحش وعرض إذا لم يكن في لفظه ما ينفي ذلك كبعه واقض به ديني أو للنفقة وقالا كالشافعي رحمهم الله تعالى لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس في مثله ولا يجوز إلا بالدراهم حالة أو إلى أجل متعارف كما في التبيين (قوله وصح أخذه رهنا أو كفيلا بالثمن فلا يضمن إن ضاع الرهن في يده أو توى ما على الكفيل) قال الزيلعي وفي النهاية المراد بالكفالة هنا الحوالة لأن التوى لا يتحقق في الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها فإن التوى يتحقق فيها بأن مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين وهذا كله ليس بشيء لأن المراد هنا توى يضاف إلى أخذه الكفيل بحيث أنه لو لم يأخذ كفيلا لم يتو دينه كما في الرهن والتوى الذي ذكره هنا غير مضاف إلى أخذه الكفيل بدليل أنه لو لم يأخذ كفيلا أيضا لتوى بموت من عليه الدين وحمله على الحوالة فاسد لأن الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وإنما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والأوجه أن يقال المراد بالتوى توى يضاف إلى أخذ الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة إلى حاكم يرى براءة الأصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الأصيل بموته مفلسا مثل أن يكون القاضي مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا اهـ قلت وما قاله الزيلعي نص عليه النسفي في الكافي بقوله أو أخذ بثمنه كفيلا فتوى المال على الكفيل بأن رفع الأمر إلى قاض يرى براءة الأصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة الأصيل فيتوى المال على الكفيل فلا ضمان عليه اهـ (قوله حتى لا يجوز شراؤه بغبن فاحش بالإجماع) الفرق لأبي حنيفة أنه في الشراء يحتمل أنه اشتراه لنفسه ولما رأى الصفقة خاسرة نسبها إليه ولا يمكن ذلك في البيع فلا يتهم اهـ وتفسير الغبن اليسير بما يدخل تحت تقويم المقومين والفاحش بما لا يدخل تحت تقويم المقومين هو الصحيح وقيل حد الفاحش في العروض نصف عشر القيمة وفي الحيوان عشر القيمة وفي العقار خمس القيمة وفي الدراهم ربع عشر القيمة كما في التبيين (قوله وفي الشراء يتوقف على شراء الباقي) شامل لما كان معينا وغير معين (قوله وإذا رد مبيع بعيب على وكيله ببينة أو نكول) اشترط ذلك لأن الحال قد يشتبه على القاضي بأن لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج إلى هذه الحجة ليظهر التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه إلا الأطباء والنساء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر إليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج إليها كما في الكافي

لأنهما اختلفا في مقدار الثمن وليس له ما يثبته فوجب المصير إلى التحالف كما في المسألة الأولى (الوكيل إذا خالف أمر الآمر إن كان خلافا إلى خير في الجنس بأن وكله ببيع عبده بألف درهم فباعه بألف ومائة ينفذ ولو) وكله ببيعه كذلك فباعه (بمائة دينار لا) أي لا ينفذ عليه (وإن كان خيرا) كذا في الخلاصة

﴿فصل﴾ (الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له) كأصله وفرعه وزوج وعرس وسيد لعبده ومكاتبه وشريكه فيما يشتركانه لأن مواضع التهم مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة هذا إذا لم يطلق له الموكل وأما إذا أطلق بأن قال له بع ممن شئت فحينئذ يجوز بيعه لهم بمثل القيمة ذكره الزيلعي وفي النهاية أن الوكيل بالبيع إذا باع منهم إن كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وإن كان بأقل منها بغبن فاحش لا يجوز بالإجماع وإن كان بغبن يسير لا يجوز عنده ويجوز عندهما وإن كان بمثل القيمة فعن أبي حنيفة روايتان (وصح بيع الوكيل بما قل أو كثر والعرض والنسيئة) لأن التوكيل بالبيع مطلق فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة (و) صح أيضا (أخذه) أي أخذ الوكيل (رهنا أو كفيلا بالثمن فلا يضمن إن ضاع) أي الرهن (في يده أو توى ما على الكفيل) لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان (وتقيد شراؤه بمثل القيمة وغبن يسير وهو ما يقوم به مقوم) من أهل الخبرة حتى لا يجوز شراؤه بغبن فاحش بالإجماع قال في النهاية هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في تلك البلدة كالعبيد والدواب ونحوهما فأما ما له قيمة معلومة في البلدة كالخبز واللحم وغيرهما فإذا زاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل وإن كانت الزيادة شيئا قليلا كالفلس ونحوه (وكله ببيع عبد فباع نصفه صح) لأن اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع (وفي الشراء يتوقف على شراء الباقي) فإن اشترى باقيه قبل أن يختصما لزم الموكل وإلا لزم الوكيل لأن شراء البعض قد يقع وسيلة فينفذ على الآمر (الا اذا رد مبيع بعيب على وكيله ببينة

او نكوله) اي الوكيل (او اقراره فيما لا يحدث رده) اي الوكيل (على الآمر
و) باقراره (فيما يحدث لا) اي لا يرده على الآمر بل يبقى عليه يعني ان الوكيل
ببيع شيء اذا باعه فرد عليه بالعيب فان كان مما لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة اذ
لا يحدث مثله في هذه المدة يرده على الآمر سواء كان الرد على الوكيل بالبينة او
النكول او الاقرار في عيب لا يحدث مثله (الاصل في الوكالة الخصوص) ولهذا
لو قال ملكتك وكيلا في مالي يصير حافظا لماله فقط (وفي المضاربة العموم) ولهذا
لو قال جعلتك مضاربا كان مضاربا في جميع الانواع (فان باع) اي الوكيل (نسأ
فقال آمره امرتك بنقد وقال اطلقت صدق الآمر) بناء على كون التقييد اصلا في
الوكالة (وفي المضاربة) يعني اذا باع المضارب نسأ فقال رب المال امرتك بنقد
وقال اطلقت (صدق المضارب) بناء على كون الاطلاق اصلا فيها وسيأتي تحقيقه في
آخر كتاب المضاربة ان شاء الله تعالى (لا يتصرف احد الوكيلين وحده) لان
الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما وان كان البدل مقدرا لان تقديره لا يمنع
استعمال الرأي في الزيادة والنقصان وفي اختيار البائع والمشتري ونحو ذلك وهذا
في تصرف لا مانع فيه عن الاجتماع ويحتاج فيه الى الرأي ولم يكن توكيلهما بلفظ
واحد ذكر الاول بقوله (الا في خصومة) فان الاجتماع فيها متعذر لافضائه الى
الشغب في مجلس القضاء وذكر الثاني بقوله (ورد وديعة وقضاء دين وطلاق
وعتق لم يعوضا) اذ لا يحتاج في شيء منها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة الواحد
والمثنى سواء بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه
تفويض الى مشيئتهما فيقتصر على المجلس او كان الطلاق والعتق بعوض لانه
يحتاج حينئذ الى الرأي وذكر الثالث بقوله (ولم يكن توكيلهما بكلام واحد) بل
على التعاقب حينئذ يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف لانه رضي برأي كل منهما
على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير ذلك بخلاف ما اذا وكلهما بكلام واحد اذ لا ينفرد
به احدهما وان كان احدهما حرا بالغا عاقلا والآخر عبدا او صبيا محجورا عليه
لانه رضي برأيهما وقت توكيله فلا يتغير ذلك فان تصرف احدهما بحضرة صاحبه
فان اجاز صاحبه جاز والا فلا ولو كان غائبا فاجاز لم يجز ذكره الزيلعي (الوكيل
بقضاء الدين لا يجبر عليه) لانه لم يضمن شيئا بل وعد ان يتبرع على الآمر بخلاف
الكفيل لانه ضمين (لا يوكل) اي الوكيل (الا باذن آمره او باعمل برأيك ونحوه)
كاصنع ما شئت مثلا (فان وكل به) اي باذن الآمر (كان وكيل الآمر لا ينعزل
بعزل موكله او موته وينعزل بموت الاول) وسيأتي تحقيقه في ادب القاضي ان
شاء الله تعالى (وكل) اي الوكيل (بلا اذنه) اي اذن الموكل (فعقد) اي وكيله
(عنده) اي عند الموكل الثاني (او) عقد (بغيبته) فبلغه (فاجازه) اي عقده (او
كان الموكل الاول قدر الثمن صح) اما الاولان فلان المقصود وهو حضور رأيه قد
حصل في الصورتين واما الثالث فلان الاحتياج فيه الى الرأي لتقدير الثمن
ظاهرا وقد حصل بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع

(قوله او اقراره فيما لا يحدث مثله رده لا على الآمر) كذا في الكنز وليس ذلك الا على رواية وفي عامة الروايات
ليس للوكيل ان يخاصم الموكل بل يلزم
الوكيل لان الرد ثبت بالتراضي فصار
كالبيع الجديد كذا في الكافي وكذا قال
الزيلعي ثم قال وبين الروايتين تفاوت
كثير لان فيه نزولا من اللزوم الى ان
لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب ان
لا يقال لا يلزمه ولكن له ان يخاصم اه
وكذا قال في المواهب لو رد عليه بما
لا يحدث مثله باقرار يلزم الوكيل ولزوم
الموكل رواية اه (قوله ولم يكن توكيلهما
بلفظ واحد) هذا من مدخول قيد عدم
انفراد احد الوكيلين وليس ظاهرا لانه
نفي ان يكون توكيلهما بكلام واحد وهو
لو كان كذلك ثبت لكل الانفراد بما
وكل فيه ولعل صوابه وكان توكيلهما بلفظ
واحد (قوله ذكر الاول بقوله الا في
خصومة) ظاهره انه مثال لما لا يمتنع
الاجتماع فيه وليس بظاهر لان الاجتماع
في الخصومة ممتنع كما ذكره وكذلك
ما يأتي الكلام على الثاني والثالث والذي
يظهر ان في العبارة سقطا وهو ان يقال
بعد قوله ولم يكن توكيلهما بلفظ واحد
واما في تصرف يمتنع الاجتماع فيه او
لا يحتاج فيه الى الرأي او لم يكن توكيلهما
بكلام واحد فلكل الانفراد بالتصرف
ذكر الاول الخ (قوله ذكره الزيلعي)
عبارته وهذا في تصرف يحتاج فيه الى
الرأي وامكن اجتماعهما فيه وكان
توكيلهما بلفظ واحد اه فجعل
امكان الاجتماع مراعى في قيد توكيلهما
بلفظ واحد (قوله وكل بلا اذنه الخ) هذا في
وكيل بالبيع والنكاح والخلع والكتابة
والصحيح ان الحقوق ترجع الى الثاني
لانه العاقد كما في التبيين واما الوكيل
بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره فطلق
الثاني بحضرة الاول او كان غائبا فاجاز
لا يجوز لان الطلاق يتعلق بالشرط فكان الموكل علقه بلفظ الاول دون الثاني كما في التبيين وشرح المجمع

نقد برا لثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى كما مر (قال فوضت اليك أمر امرأتى صار وكيلا بالطلاق وتقيد بالمجلس) فان طلق فى المجلس صح والا فلا (بخلاف قوله وكلتك فى أمر امرأتى) حيث لا يتقيد بالمجلس فان طلق بعده صح (من لا يلى غيره لم يجز تصرفه فى حقه) لان صحة التصرف مبنية على الولاية فاذا انتفت الثانية انتفت الاولى (فاذا باع عبد أو مكاتب أو ذمى مال صغيره الحر المسلم أو شرى) واحد منه (به) أى بذلك المال (لم يجز) لانتفاء ولايتهم عليه (كذا تزويج صغيره كذلك) أى حرة مسلمة حيث لم يجز لواحد منهم ذلك لانتفاء الولاية

{باب الوكالة بالخصومة والقبض}

اعلم ان الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عند الثلاثة خلافا لزفر بناء على أن القبض غير الخصومة وقد رضى بها دونه ولهم أن من ملك شيأ ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض وقالوا الفتوى اليوم على قول زفر لفساد الزمان ولهذا قلت (الوكيل بها وبالتقاضى لا يملك القبض وبه يفتى) لظهور الخيانة فى الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال وكذا الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لانه فى معناه وضعا يقال اقتضيت حقى أى قبضته فانه مطاوع قضى لكن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على انه أيضا لا يملكه (و) الوكيل (بقبض الدين يملكها) أى الخصومة عند ابى حنيفة حتى لو أقام المدعى عليه البينة ان الدائن استوفاه منه أو أبرأه تقبل بينته (و) الوكيل بقبض (العين لا) أى لا يملكها (فلو برهن ذو اليد على الوكيل بقبض عبد ان الموكل باعه وقف الامر حتى يحضر الغائب) صورته وكل وكيلا بقبض عبد له وغاب فاقام ذو اليد البينة انه اشتراه ممن وكله بالقبض لم تقبل بينته فى اثبات الشراء وتقبل فى دفع الخصومة فيتوقف حتى يحضر الموكل ويعيد البينة (كذا الطلاق والعتاق) يعنى اذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد أو الامة على العتاق على الوكيل بنقلهم من مكان الى مكان لا تقبل هذه البينة على اثبات العتق والطلاق وتقبل فى قصر يد الوكيل حتى يحضر الغائب (الوكيل بها) أى الخصومة (اذا أبى) أى امتنع عن الخصومة (لا يجبر عليها) لانه لم يضمن شيأ بل وعد وهو متبرع (بخلاف الكفيل) حيث يجبر عليها لانه ضمن كما مر (اذا وكل بخصوماته وأخذ حقوقه من الناس على أن لا يكون وكيلا فيما يدعى على الموكل جاز فلو أثبت المال له ثم أراد الخصم الدفع لا يسمع على الوكيل) كذا فى الصغرى (صح اقرار الوكيل بالخصومة) يعنى اذا ثبت وكالة الوكيل بالخصومة وأقر على موكله سواء كان موكله المدعى فاقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فاقر بثبوته عليه فان كان ذلك (عند القاضى) صح (دون غيره) أى ان كان اقراره عند غير القاضى فشهد به شاهدان عند القاضى لا يصح (وان انعزل به) حتى لا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة وأقام بينة لم تسمع لانه زعم انه مبطل فى دعواه (كذا اذا استثنى الاقرار وأقر عنده) يعنى اذا استثنى الموكل الاقرار بان قال وكلتك غير جائز الاقرار

(قوله من لا يلى غيره لم يجز تصرفه فى حقه) النفى يحتمل أن يكون بمعنى لا يلزم اذا كان له مجيز حال التصرف والله أعلم

{باب الوكالة بالخصومة والقبض}

(قوله والوكيل بقبض الدين يملكها أى الخصومة عند أبى حنيفة) أى خلافا لهما والخلاف فيما اذا وكله الدائن وأما اذا وكله القاضى بقبض دين الغائب لا يكون وكيلا بالخصومة اتفاقا كذا فى شرح المجمع عن الخانية (قوله الوكيل بها أى الخصومة لا يجبر عليها) يعنى ما لم يغب موكله واذا غاب يجبر عليها لدفع الضرر كما قدمه المصنف رحمه الله فى باب رهن وضع عند عدل (قوله ثم أراد الخصم الدفع لا تسمع على الوكيل) أى ويحكم بالمال على المدعى عليه ويتبع الدائن بدفعه كما فى البزازية (قوله كذا فى الصغرى) وقد أسنده فيها مصنفها الى والده بقوله هكذا قاله الوالد برهان الدين رحمه الله (قوله صح اقرار الوكيل بالخصومة) هذا فى غير الحد والقصاص لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا فتمكنت فيه شبهة العدم فى اقرار الوكيل فورث شبهة فى درء ما يندرأ بالشبهات كما فى التبيين وقيد بالوكيل بالخصومة احترازا عن الوكيل بالصلح فانه لا يملك الاقرار لان الوكيل بالخصومة انما ملك الاقرار لكونه من أفراد الجواب والصلح مسالمة لا مخاصمة ولهذا قلنا الوكيل بالصلح لا يملك الخصومة والوكيل بالخصومة لا يملك الصلح لان الوكيل بعقد لا يباشر عقدا آخر كذا فى البزازية (قوله كذا اذا استثنى الاقرار) مثله صحة استثناء الانكار قال الزيلعى وفى ظاهر الرواية يصح استثناء الانكار منهما اهـ وجعله فى الفتاوى

وأقر الوكيل عند القاضي لا يصح لصحة الاستثناء ولكن يخرج عن الوكالة فلا تسمع خصومته (لا) أي لا يصح (توكيل كفيل بمال بقبضه) صورته كفل عن رجل بمال فوكله صاحب المال بقبضه من الغريم لم تصح لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صح هذا صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن (بخلاف الرسول ووكيل الامام ببيع الغنائم و) الوكيل (بالتزويج) حيث يصح ضمانهم بالثمن والمهر لان كل واحد منهم سفير ومعبر ذكره الزيلعي (الوكيل بقبض الدين اذا كفل صح وبطلت الوكالة) لان الكفالة أقوى من الوكالة لكونها لازمة فتصلح ناسخة لها بخلاف العكس (و) الوكيل (بالبيع اذا ضمن الثمن للبائع عن المشتري لم يجز) لانه يصير عاملا لنفسه كما مر (ولو ادى بحكم الضمان رجع) لبطلانه (و بدونه) أي بدون حكم الضمان (لا) أي لا يرجع لكونه تبرعا (مصدق التوكيل بقبض لو غريما أمر بدفع دينه الى الوكيل) يعني اذا ادعى رجل انه وكيل فلان الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يدفعه خالص حقه اذ الديون تقضى بامثالها حتى لو ادعى انه أوفى الدين الى الدائن لا يصدق اذ لزمه الدفع الى الوكيل باقراره ولم يثبت الايفاء بمجرد دعواه (فان) حضر الغائب وصدقه تم الامر وان (كذبه الغائب دفع) أي المصدق (اليه) أي الغائب (ثانيا) اذ لم يثبت الاستيفاء لانكاره الوكالة والقول فيه قوله مع يمينه فيفسد الاداء (ورجع به على الوكيل ان بقي في يده) لان غرضه من الدفع براءة ذمته فلم تحصل فله ان ينقض قبضه (وان ضاع لا) أي لا يرجع لانه بتصديقه اعترف انه محق بالقبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره (الا اذا ضمنه) أي شرط على مدعي الوكالة الضمان (عند الدفع) أي دفع ما ادعاه (أو لم يصدقه) أي في دعواه التوكيل (ودفع) اليه (على رجاء الاجازة) أي اجازة الغائب فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه (أو) دفع اليه (مكذبا له) في دعواه التوكيل (ولو) لم يكن مصدق التوكيل غريما بل (مودعا لم يؤمر بالدفع) لانه اقرار بمال الغير بخلاف

الصغرى قول محمد نخلا فالابي يوسف وعلل قول محمد بأن الانكار قد يضر الموكل بأن كان المدعى وديعة أو بضاعة فلو انكر الوكيل لا تسمع منه دعوى الرد والهلاك وتسمع قبل الانكار اه ثم قال الزيلعي ولو استثنى انكاره صح اقراره وكذا انكاره اه (قلت) يعني وكذا اذا استثنى اقراره لانكاره صح اقراره وليس المراد انه يصح انكاره مع استثنائه ولابد من هذا الحمل والا ناقض ما قدمه من صحة استثناء الانكار في ظاهر الرواية اه ثم قال الزيلعي ولا يصير الموكل مقرا بالتوكيل بالاقرار اه ومثله في البزازية قائلا وقال على الطواويسي معناه انه يوكل بالخصومة ويقول خاصم فاذا رأيت لحوق مؤنة او خوف عار علي فاقر بالمدعى اه وبقي قسم ثالث لو وكله غير جائز الاقرار والانكار قيل لا يصح الاستثناء لعدم بقاء فرد تحته وقيل يصح لبقاء السكوت كذا في البزازية (قوله بخلاف ٢٩٢ الرسول الى قوله ذكره الزيلعي) أي في كتاب الكفالة (قوله والوكيل بالبيع اذا ضمن الثمن الخ) يشكل عليه وكيل الامام ببيع الغنائم وهذه ذكرها في كتاب الكفالة أيضا (قوله ولو أدى بحكم الضمان يرجع) أي على موكله بالبيع ولقائل ان يقول التبرع حاصل في أدائه اليه بجهة الضمان كادائه بحكم الكفالة عن المشتري بدون أمره فليتأمل (قوله حتى لو ادعى انه أدى الدين الى الدائن لا يصدق) قال الزيلعي وله ان يتبع رب الدين ويستحلفه ولا يستحلف الوكيل بالله ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لان النيابة لا تجري في الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم لان الحق يثبت له فكان حلفه بطريق الاصالة اه وان أراد الغريم أن يحلفه أي الدائن بالله ما وكلته لهذا لك وان دفع عن سكوت أي من غير تصديق بالوكالة ولا نفيها ليس له أن يحلف الدائن الا اذا عاد الى التصديق وان دفع عن تكذيب ليس له ان يحلف وان عاد الى التصديق لكنه يرجع على الوكيل كما في البزازية والخلاصة (قوله وهو مظلوم) أي المديون المصدق على الوكالة (قوله أي شرط على مدعي الوكالة الضمان) يعني ضمان ما أخذه رب الدين من المديون ثانيا لما قال الزيلعي صورة هذا الضمان أن يقول الغريم للوكيل نعم أنت الدين
وكيله لكني لا آمن ان يجحد الوكالة ويأخذ مني ثانيا ويصير ذلك دينا عليه لانه أخذه مني ظلما فهل أنت كفيل عنه بما أخذه مني ثانيا فيضمن ذلك المأخوذ فيكون صحيحا على هذا الوجه لانه مضاف الى سبب الوجوب وهو كقوله ما غصبك فلان فعلي أو ما ذاب لك عليه فعلي لان ما أخذه الطالب ثانيا غصب وأما ما أخذه الوكيل فلا يجوز أن يضمنه لانه أمانة في يده ولا تجوز الكفالة بها (قوله أو لم يصدقه أي في دعواه) أراد بعدم التصديق السكوت لقوله بعده أو دفع مكذبا له لان عدم التصديق يشمل السكوت والتكذيب صريحا

الدين فانه يقضي بمثله كما مر (كذا لو ادعى الشراء وصدقه) يعني لو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بدفعها اليه لان اقراره على الغير غير مقبول (وامر به) اي بالدفع (لو قال) اي المدعى (تركها) اي الوديعة (المودع ميراثا فصدقه) اي المودع لان ملكه قد زال بموته واتفقا انه مال الوارث فيدفعه اليه (وكل) بصيغة المجهول اي جعل رجل وكيلا (بقبض مال وادعى الغريم قبض دائنه دفع) اي الغريم (اليه) اي الى الوكيل يعني يجبر على دفعه اليه لان وكالته ثبتت بقوله أخذه رب المال حيث لم ينكر الوكالة وادعى الايفاء وفي ضمن دعواه اقرار بالدين وبالوكالة واذا كان اقرارا تثبت الوكالة في زعمه ولم يثبت الايفاء بمجرد دعواه فيؤمر بالدفع اليه (واستحلف) اي الغريم (دائنه على عدم القبض) لان قبضه يوجب براءة ذمته فاذا عجز عن اقامة البينة يستحلفه (لا الوكيل على عدم علمه بقبض الموكل) اذ لا تجري النيابة في اليمين (وكله بعيب) اي برد المبيع بسبب عيب (فادعى البائع رضا المشتري لم يرد) اي الوكيل (عليه) اي على البائع (حتى يحلف) اي البائع (المشتري) بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله ولا يمكن ذلك في العيب لان القضاء بالفسخ نافذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة فيصح القضاء ولا يستحلف المشتري بعده لانه لا يفيد اذ لا يجوز فسخ القضاء وليس في مسئلة الدين قضاء بل امر بالتسليم فاذا ظهر الخطأ فيه امكن نزعه منه ودفعه الى الغريم بلا نقض القضاء (دفع رجل الى آخر عشرة ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة اخرى فهي بها استحسانا) والقياس أن يكون متبرعا لانه خالف امره فيرد العشرة على الموكل وجه الاستحسان ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء لان الانفاق لا يكون بدون الشراء فيكون التوكيل به توكيلا بالشراء والوكيل بالشراء يملك النقد من مال نفسه ثم يرجع به على الآمر (الوكالة المجردة لا تدخل تحت الحكم) قال في الصغرى الوكيل بقبض الدين اذا احضر خصما فاقر بالتوكيل فانكر الدين لا تثبت الوكالة حتى لو اراد الوكيل اقامة البينة على الدين لا تقبل واذا ادعى ان فلانا وكله بطلب كل حق له بالكوفة وبقبضه والخصومة فيه وجاء بالبينة على الوكالة والموكل غائب ولم يحضر الوكيل احدا للموكل قبله حق فان القاضي لا يسمع من شهوده حتى يحضر خصما جاحدا ذلك او مقرا به فحينئذ يسمع ويقرر الوكالة فان احضر بعد ذلك غريما يدعي عليه حقا للموكل لم يحتج الى اعادة البينة ولو كان يدعي انه وكله بطلب كل حق له قبل انسان بعينه يشترط حضرة ذلك بعينه ولو اثبت ذلك بمحضر من ذلك المعين ثم جاء بخصم آخر يدعي عليه حقا يقيم البينة على الوكالة مرة اخرى

﴿باب عزل الوكيل﴾

(ينعزل بعزل الموكل) لان الوكالة حقه فله ان يبطله (و) يعزل (نفسه) بان يقول عزلت نفسي (بشرط علم الآخر فيهما) اي في الصورتين يعني اذا عزل الموكل يشترط علم الوكيل به وان عزل نفسه يشترط علم الموكل به حتى اذا لم يبلغه العزل فهو

(قوله وامر به اي بالدفع لو قال تركها ميراثا لي وصدقه) احترز به عما لو قال اوصى لي بها وصدقه حيث لا يؤمر بالتسليم اليه لانه اقر انه وكيل صاحب المال بالقبض بعد موته ولا يصح كما في التبيين (قوله الوكالة المجردة لا تدخل تحت الحكم) يعني المجردة عن احضار خصم يلزم بوجوبها (قوله قال في الفتاوى الصغرى الخ) قال فيها بعده لو اقام الوكيل بقبض كل حق بينة شهدت دفعة على الوكالة وعلى الحق للموكل على المدعى عليه قال ابو حنيفة تقبل على الوكالة لا غير فاذا قضى بها يؤمر الوكيل باعادة البينة على الحق للموكل على المدعى عليه وعندهما تقبل على الامرين ويقضى بالوكالة اولا ثم بالمال وكذا الخلاف في دعوى الوصاية او الوراثة مع المال والله الموفق

﴿باب عزل الوكيل﴾

(قوله بشرط علم الآخر فيهما) اي صورتي العزل القصدي كما هو ظاهر

على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم (بإخبار) متعلق بالعلم (عدل أو اثنين ولو غير عدلين) اعلم أن الوكالة تثبت بخبر الواحد حرا كان أو عبدا عدلا كان أو فاسقا رجلا كان أو امرأة صبيا كان أو بالغا وكذا العزل عندهما وعند أبي حنيفة لا يثبت العزل إلا بالعدد أو العدالة (و) ينعزل أيضا (بموت الموكل) هكذا وقعت عبارة القدوري ووقعت في الكافي والوقاية هكذا بموت أحدهما ولما لم يكن لذكر الوكيل ههنا فائدة تركته (و) ينعزل أيضا (بجنون أحدهما) من الوكيل والموكل جنونا (مطبقا) لأن ذلك له بمنزلة الإغماء وهو شهر عن أبي يوسف وحول كامل عند محمد وهو الصحيح (والحكم بلحوقه) أي لحوق أحدهما (بدار الحرب مرتدا) فإن لحوقه لا يثبت إلا بحكم الحاكم فإذا حكم به بطلت الوكالة بالإجماع وأما قبله فموقوفة عند أبي حنيفة وإنما ينعزل بهذه الأشياء لأن الوكالة عقد غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط لقيام الأمر في كل ساعة ما يشترط للابتداء (وذا) أي انعزال الوكيل في الصور المذكورة (إذا لم يتعلق به) أي بالتوكيل (حق الغير) وأما إذا تعلق به ذلك فلا ينعزل كما إذا شرطت الوكالة في بيع الرهن كما مر أو جعل أمر امرأته في يدها ثم جن الزوج (و) ينعزل أيضا (بتصرفه بنفسه) أي تصرف الموكل (بحيث يعجز الوكيل عن الامتثال به) كما إذا وكله بإعتاق عبده أو كتابته أو تزويج امرأة أو شراء شيء أو طلاق أو خلع أو بيع عبده فأعتق أو كاتب أو زوج أو اشترى أو طلق ثلاثا أو واحدة ومضت عدتها أو خالعها أو باع بنفسه فإنه لو فعل واحدا منها بنفسه عجز الوكيل عن ذلك الفعل فتبطل الوكالة ضرورة حتى أن الموكل إذا طلقها واحدة والعدة قائمة بقيت الوكالة لإمكان تنفيذ ما وكل به ولو تزوجها بنفسه وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لزوال حاجته بخلاف ما لو تزوجها الوكيل وأبانها حيث يكون له أن يزوج الموكل لأن الحاجة باقية (وتعود الوكالة إذا عاد إليه) أي الموكل (قديم ملكه) يعني إذا وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل ثم رد عليه بعيب بقضاء كان للوكيل أن يبيعه وكذا لو وكل كل واحد من رجلين ببيعه فباعه أحدهما فرد عليه بعيب فلكل واحد منهما أن يبيعه ثانيا كذا في الصغرى (أو بقي أثره) أي أثر ملكه كما إذا طلق امرأته واحدة وهي في العدة فتصرف الوكيل غير متعذر بأن يوقع الباقي (و) ينعزل أيضا (بافتراق الشريكين وإن لم يعلم الشريك) هذا يحتمل أمرين أحدهما أن يكون الافتراق بهلاك المالين

(قوله ولو غير عدلين) يشمل الفاسقين وكذا قال الزيلعي وعبارة المصنف في مسائل شتى أحسن من هذه وهي ويشترط لعزله خبر عدلين أو مستورين اهـ فأخرج الفاسقين (قوله ولما لم يكن لذكر الوكيل ههنا فائدة تركته) يقال إن له فائدة وهي ما يتوهم من أنه لو لم يذكر أنه ينعزل بموته لتوهم انتقال ما كان له إلى ورثته كما لو باع الوكيل فمات فحق قبض الثمن لورثته أو وصيه وقيل لموكله كما ذكره في جامع الفصولين على أنه لو لم يذكر ذلك كان عليه أيضا أن يقتصر على ذكر جنون الموكل والحكم بلحوقه مرتدا دون الوكيل إذ هما كالموت وعلى هذا ينبغي أن لا يذكر موت الكفيل بالنفس فيما سيأتي وقد ذكره (قوله وينعزل أيضا بموت الموكل) قال في جامع الفصولين لو مات الوكيل بالبيع والشراء أو غاب أو ارتد قيل تنتقل الحقوق إلى موكله وقيل لا (قوله وهو شهر عند أبي يوسف) قال في المضمرات وبه يفتى وفي التجنيس والمختار أنه مقدر بشهر لأن ما دونه في حكم العاجل فكان قصيرا والشهر فصاعدا في حكم الآجل فكان طويلا اهـ ومثله في الغاية عن الواقعات الحسامية (قوله وذا أي انعزال الوكيل الخ) صورة تعلق حق الغير بالتوكيل الوكالة بالخصومة من المطلوب بطلب المدعي فلا يملك عزله لما فيه من إبطال حق الغير كما في شرح المجمع وهذا إذا علم الوكيل بالوكالة وإن لم يعلم فله عزله على كل حال كما في جامع الفصولين (قوله كما إذا شرط الوكالة في بيع الرهن) لعل صوابه في عقد الرهن (قوله وكذا لو وكل كل واحد من رجلين ببيعه فباعه أحدهما فرد عليه بعيب فلكل واحد منهما أن يبيعه) هذا ظاهر في حق من لم يبع وأما الذي باعه فلقائل أن يقول إنه لا يملك بيعه ثانيا لانتهاء التوكيل ببيعه الأول إلا أن يقال إن غرض الموكل لم يحصل بعد فليحرر (قوله أو بقي أثره) أي أثر ملكه كما إذا طلق امرأته واحدة وهي في العدة فتصرف الوكيل غير متعذر بأن يوقع الباقي كذا في الفتاوى الصغرى والمراد بالباقي الطلقة الواحدة الباقية لا أكثر منها لأن قوله كما إذا طلق امرأته واحدة وهي في العدة مفيد إيقاع الواحدة في العدة من طلقة سابقة ولأن التوكيل بالتطليق لا يقتضي إيقاع أكثر من واحدة والله تعالى أعلم

او مال احدهما قبل الشراء فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي في ضمنها عملا به اولا لانه عزل حكمي اذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة وثانيهما ان احدهما لو وكل من يتصرف في المال جاز فلو افترقا انعزل هذا الوكيل في حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن في التوكيل وانما ذكرنا الوجهين اذ لو بقي الافتراق على ظاهره لم يصح قوله وان لم يعلم الشريك اذ لا يصح ان ينفرد احدهما بفسخ الشركة المستلزمة للوكالة بلا علم صاحبه (و) ينعزل ايضا (بعجز موكله لو) كان الموكل (مكاتبا وحجره لو) كان (مأذونا) لما مر ان بقاء الوكالة معتبر بابتدائها لكونها غير لازمة فيشترط في حالة البقاء قيام الامر كما في الابتداء وقد بطل بالعجز فتبطل الوكالة علم الوكيل اولا لان البطلان حكمي كما مر (اذا وكل) يعني ان ما ذكر من انعزال وكيل المكاتب بعجزه ووكيل المأذون بحجره اذا وكل ذلك الوكيل (في العقود والخصومات لا لقضاء الدين او اقتضائه) لان العبد مطالب بايفاء ما وليه وله مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته (لا ينعزل بعزل المولى وكيل عبده المأذون) لانه حجر خاص والاذن في التجارة لا يكون الا عاما فكان العزل باطلا الا ترى ان المولى لا يملك نهيه عن ذلك مع بقاء الاذن ذكره الزيلعي (قال وكلتك بكذا على اني متى عزلتك فأنت وكيلي) فانه اذا عزله لم ينعزل بل كان وكيلا له وهذا يسمى وكيلا دوريا واما اذا اراد ان يعزله بحيث يخرج عن الوكالة (يقول في عزله عزلتك ثم عزلتك) فانه اذا قال عزلتك كان معزولا نظرا الى ظاهر اللفظ ومنصوبا بوجود الشرط حيث قال متى عزلتك فأنت وكيلي واذا قال ثم عزلتك ينعزل عن الوكالة الثانية بهذا اللفظ لان متى يفيد عموم الاوقات لا عموم الافعال (وقال كلما عزلتك فأنت وكيلي) لا يكون معزولا بل كلما عزل كان وكيلا لان كلما يفيد عموم الافعال واذا اراد ان يعزله (يقول) في عزله (رجعت عن الوكالة المعلقة) فاذا رجع عنها لا يبقى لها اثر فيما يقول بعدها (وعزلتك عن الوكالة (المنجزة) الحاصلة من لفظ كلما فحينئذ ينعزل

{ كتاب الكفالة }

(هي) لغة الضم مطلقا وشرعا (ضم ذمة الى ذمة في مطالبة النفس او المال او التسليم) قال في الهداية والكافي وغيرهما هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح اقول لا صحة للاول فضلا عن كونه اصح لخروج الكفالة بالنفس عنه مع انه قسم وهاهنا بعد التعريف الى الكفالة بالنفس والمال ثم ان تقسيمهم الكفالة الى القسمين يشعر بانحصارها فيهما مع انهم ذكروا في اثناء المسائل ما يدل على وجود قسم ثالث وهو الكفالة بتسليم المال كما سيأتي ولهذا اخترت تعريفا صحيحا متناولا لجميع الاقسام صريحا (وركنها الايجاب) اي ايجاب الكفيل بقوله كفلت عن فلان لفلان بكذا (والقبول) اي قبول الطالب وهو المكفول له (وشرطها) مطلقا (كون المكفول به) نفسا كان او مالا (مقدور التسليم) من الكفيل حتى لا تصح الكفالة بالحدود والقصاص كما سيأتي (وفي الدين كونه

(قوله قال في الهداية والكافي وغيرهما هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح اقول لا صحة للاول فضلا عن كونه اصح لخروج الكفالة بالنفس عنه) قلت نفي صحة الاول غير مسلم لانه انما نفاها بما ادعاه من عدم شمولها الكفالة بالنفس والشمول مستفاد منه لان المطالبة مطلقة عن القيد فتكون الالف واللام للعهد الشرعي وهو يكون للكفالة بالنفس والمال والتسليم ولانه اذا كفل بالنفس ضم ذمته الى ذمة المكفول في المطالبة من حيث هي فلم تكن خارجة عن التعريف اه ومن قيد المطالبة بالدين كشارح المجمع يرد عليه ما قاله المصنف (قوله ثم ان تقسيمهم الكفالة الى القسمين يشعر بانحصارها فيهما الخ) فيه تسامح لان التقسيم الى هذا باعتبار الاصل فليس الثالث خارجا عنه يوضحه قول الشارح والزيلعي رحمهم الله تعالى وانواعها في الاصل نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالمال نوعان كفالة بالديون فتجوز مطلقا اذا كانت صحيحة وكفالة بالاعيان وهي نوعان كفالة بأعيان مضمونة فتصح الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك وكفالة بأعيان هي امانة غير واجب التسليم كالودائع والمضاربات والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها اصلا وكفالة بأعيان هي امانة واجب التسليم كالعارية والمستأجر او عين مضمونة بغيره كالمبيع فان الكفالة بها لا تصح وبتسليمها تصح (تنبيه) لم يتعرض لذكر سببها وهو مطالبة من له الحق للتوثق بتكثير محل المطالبة او تيسير وصوله الى حقه

صحيحا) حتى لا تجوز الكفالة ببدل الكتابة كما سيأتي (وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل) بما هو على الاصيل نفسا كان أو مالا (وأهلها أهل التبرع) بان يكون حرا مكلفا فلا تصح من العبد والصبي والمجنون لكن العبد يطالب بعد العتق كذا في الخلاصة (فالمدعى مكفول له) اذ فائدة الكفالة ترجع اليه (والمدعى عليه مكفول عنه) ويسمى الاصيل أيضا (والنفس) في الكفالة بالنفس (أو المال) في الكفالة بالمال (مكفول به) فالمكفول عنه والمكفول به في الكفالة بالنفس واحد (ومن لزم عليه المطالبة كفيل فالكفالة اما بالنفس وان تعددتا) أي الكفالة بالنفس والنفس أيضا الاول أن يأخذ منه كفيلا ثم كفيلا والثاني أن تتعدد النفوس المكفول بها فانه جائز كما تجوز بالديون الكثيرة (أو بالمال وما يتعلق به) وهو التسليم (أما الاولى) أي الكفالة بالنفس (فتصح بكفلت بنفسه وبما يعبر به عنها) أي عن النفس كالرأس والوجه والرقبة والعنق والجسد والبدن ككفلت برأسه ووجهه الى آخره (وبجزء شائع) ككفلت بنصفه أو ثلثه أو ربعه (و) تصح أيضا (بضمنته وبعلي) فان على للالزام فمعناه أنا ملتزم تسليمه (والي) فانه يستعمل في معنى على (وأنا به زعيم) فان الزعامة هي الكفالة (أو قبيل) هو بمعنى الزعيم (لا بأنا ضامن لمعرفته) لان موجب الكفالة التزام التسليم وهو ضمن المعرفة لا التسليم (واختلف في أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه) كذا في الخلاصة (فان عين وقت التسليم أحضره فيه اذا طلب) رعاية لما التزمه (كذا) أي أحضره أيضا (اذا أطلق) بان قال أنا كفيل بنفسه اذا طلبته أسلمه اليك أو ان طلبته ونحو ذلك (أو عمم) بان قال أنا كفيل به كلما طلبته أو متى ما طلبته أسلمه اليك (وان لم يحضر حبسه الحاكم) لامتناعه عن ايفاء حق لازم عليه لكن لا يحبسه أول ما يدعى لعله لم يعلم لماذا دعى (وان غاب) أي المكفول عنه (وعلم مكانه أمهله) أي الحاكم الكفيل (مدة ذهابه وايابه فان مضت ولم يحضر حبسه وان لم يعلم) أي مكانه (لم يطالب) أي الكفيل (به) أي بالمكفول به لانه عاجز وقد صدقه الطالب فصار كالمديون اذا ثبت اعساره وان اختلفا فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرفه ينظر فان كان له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر يشهد للطالب والا فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة (وان شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه فيه ولم يجز في غيره وبه يفتى) في زماننا لتهاون الناس في اقامة الحق ذكره الزيلعي وغيره (كفل بالنفس الى شهر يطالب بها بعده) يعني

(قوله حتى لا تجوز الكفالة ببدل الكتابة) ينبغي أن تكون النفقة كذلك لسقوطها بغير قضاء وابراء وهو الموت (قوله لا بأنا ضامن لمعرفته) كذا أنا كفيل لمعرفة فلان ولو قال معرفة فلان علي قالوا يلزمه أن يدله عليه كذا في الخانية وفي التبيين قال أبو يوسف يصير ضامنا للمعرف أي بقوله أنا ضامن لمعرفته اه وقال قاضيخان وعن أبي يوسف ان هذا على معاملات الناس وعرفهم (قوله وان لم يحضره حبسه الحاكم) كذا ذكره الزيلعي ثم قال بعده قال العبد الفقير الى الله ينبغي أن يفصل كما فصل في الحبس بالدين فانه هناك قيل اذا ثبت الحق باقراره لا يحل حبسه وأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلم يظهر بأول الوهلة وان ثبت بالبينة حبسه كما وجب لظهور مطله بالانكار فكذا هنا ينبغي أن يفصل على هذا التفصيل وذكر في النهاية معزيا الى الايضاح هذا اذا لم يظهر عجزه وأما اذا ظهر عجزه فلا معنى لحبسه الا أنه لا يحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين أشغاله جملة كالمفلس بالدين اذا ثبت بالاقرار أو بالبينة اه (قوله وان غاب وعلم مكانه الخ) قال في شرح المجمع عن الذخيرة اذا ارتد المكفول ولحق بدار الحرب يؤمر الكفيل باحضاره ان لم يعنوه ولا تسقط كفالته لانه انما اعتبر ميتا حكما في حق قسمة ماله وأما في حق نفسه فهو حي اه وكذا في التبيين اه وفيه نوع اشكال لانه اذا اعتبر ميتا في حق قسمة ماله بالحكم بلحاقه والدين مقدم على الميراث والكفيل انما يطالب باحضاره ليتمكن المكفول له من أخذ حقه وهو ولو كان مؤجلا حل بموت المكفول حكما فيقدم به على الورثة فليتأمل (قوله وان اختلفا الخ) أي ولا بينة للطالب أما لو أقام بينة أن المطلوب في موضع كذا فان الكفيل يؤمر بالذهاب اليه واحضاره كما في التبيين (قوله كفل بالنفس الى شهر يطالب بها بعده) أقول واختلف في كونه كفيلا قبله وفي عدم المطالبة بعده لما قال قاضيخان كفل بنفس رجل الى ثلاثة أيام ذكر في الاصل أنه يصير كفيلا بعد الايام الثلاثة وجعله بمنزلة ما لو قال لامرأته أنت طالق الى ثلاثة أيام فان الطلاق يقع بعد ثلاثة أيام وعن أبي يوسف أنه يصير كفيلا في الحال قال وفي الطلاق يقع في الحال أيضا لو وقال الفقيه أبو جعفر يصير كفيلا في الحال قال وذكر الايام الثلاثة لتأخير المطالبة اليها لا لتأخير الكفالة ألا ترى أنه لو سلمه اليه قبلها يجبر على القبول كما اذا عجل الدين قبل حلوله وما ذكر في الاصل أراد به أن يصير كفيلا مطالبا بعد الايام الثلاثة وغيره من المشايخ

لوقال كفلت لك بنفس فلان الى شهر فانه لا يطالبه بتسليم النفس فى هذا الشهر ويطالبه به بعد مضى الشهر قال شمس الائمة الحلوانى هذا يدل على خلاف ما يظنه العوام فانهم يقولون اذا قال الرجل بالفارسية لآخر من فلانرا بذيرفتم تراتا بيك سال انه يطالبه بتسليم النفس فى السنة قبل مضى الاجل ولا يطالبه بتسليمها بعد مضى الاجل قال وليس الامر كما يظنون بل الجواب على العكس الا أن يزيدوا فى الكفالة فيقولوا هركاه كه بخواهى بتوسپارمش خينئذ يطالبه فى السنة وبعدها كذا فى الخلاصة وفيه أيضا والحيلة فى سقوط المطالبة أن يزيد الكفيل فى كفالته فيقول أنا كفيل بنفس فلان الى كذا من الاجل ثم لا كفالة لك به على بعد ذلك وأنا برىء فاذا قال ذلك فانه لا يطالب فى الحال ولا بعد مضى الاجل (برئ بموته) اى بموت الكفيل لحصول العجز الكلى عن تسليم المطلوب من الكفيل بعد موته وورثته لم يكفلوا له بشئ وانما يخلفونه فيماله لا فيما عليه ولا تبقى الكفالة باعتبار تركته لامتناع استيفاء النفس من المال بخلاف الكفالة بالمال (و) برئ الكفيل بالنفس أيضا (بموتها) أى النفس المطلوبة لامتناع التسليم (ولو) كان النفس المكفول بها (عبد الكفيل) وانما قال هذا دفعا لتوهم أن العبد مال فاذا تعذر تسليمه لزمه قيمته فان هذا اذا كان على العبد مال مطالب وكفل بنفسه رجل وأما اذا كان المطالب رقبة العبد فسيأتى أنه اذا مات وأثبت الخصم دعواه ضمن الكفيل قيمته (لا) أى لا يبرأ الكفيل (بموت الطالب) بل وارثه أو وصيه يطالب الكفيل (و) برئ الكفيل أيضا (بتسليم الكفيل أو مأموره) وكيلا كان أو رسولا (المطلوب أو تسليم ذلك) أى المطلوب (نفسه الى الطالب) متعلق بقوله وبتسليم (حيث يمكن مخاصمته) متعلق به أيضا يعنى اذا سلم الكفيل من كفل به الى الطالب فى موضع يمكن مخاصمته برئ وان لم يقل اذا سلمته اليك فانا برىء حتى لو سلمه فى برية أو سواد أو سجن حبسه فيه غير الطالب لم يبرأ (قائلا سلمته اليك عن) طرف (الكفيل) فى صورة تسليم المأمور (أو سلمت نفسى عنه) أى عن الكفيل فى صورة تسليم المأمور نفسه قال قاضيخان المكفول بالنفس اذا سلم نفسه الى المكفول له وقال سلمت نفسى اليك عن الكفيل برئ الكفيل وان لم يقل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل وكذا لو أمر الكفيل رجلا أن يسلم نفس المكفول به الى الطالب ان قال المأمور للطالب سلمت اليك نفسه عن الكفيل برئ الكفيل (وفى تسليم الاجنبى شرط معه) أى مع ما ذكر من قوله عن الكفيل (قبول الطالب) قال قاضيخان لو أن رجلا اجنبيا ليس بمأمور سلم المكفول به الى الطالب وقال سلمت عن الكفيل ان قبل الطالب برئ الكفيل وان سكت الطالب ولم يقل قبلت لا يبرأ الكفيل (كفل بنفسه على انه ان لم يسلمه غدا فهو ضامن لما عليه) من المال (ولم يسلمه غدا صحت الكفالتان) اى بالنفس والمال يعنى رجل له على غيره مائة درهم فكفل آخر بنفسه على الوجه المذكور صحت الكفالتان وان لم يواف به غدا فعليه المائة لانه علق الكفالة بالمال بعدم الموافاة وهذا التعليق صحيح لتعامل الناس اياه وان كان القياس يأباه وبالتعامل يترك القياس فى البيع كما لو اشترى نعلا على أن يحذوه

اخذوا بظاهر الكتاب وقالوا لا يصير كفيلا فى الحال فاذا مضت الايام قبل تسليم النفس يصير كفيلا ابدا وقال شمس الائمة الحلوانى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه يطالب الكفيل بتسليم النفس فى الايام الثلاثة ولا يطالب بعده أشبه بعرف الناس وعن أبى يوسف فى رواية أخرى اذا قال أنا كفيل بنفس فلان عشرة ايام أو ثلاثة ايام يصير كفيلا فى الحال واذا مضت الايام الثلاثة لا يبقى كفيلا ولو قال أنا كفيل بنفس فلان الى عشرة ايام يصير كفيلا بعد عشرة ايام كما قال فى الاصل قال شمس الائمة الحلوانى قال القاضى الامام الاستاذ أبو على النسفى كان الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى تعجبه هذه الرواية ثم قال قاضيخان وذكر فى الاصل أنه لو قال كفلت بنفس فلان شهرا يكون كفيلا ابدا كما لو قال أنت طالق شهرا يكون طالقا أبدا اه وهذا يخالف ما نقله فى الخلاصة عن أبى يوسف فى غير رواية الاصول اذا قال الكفيل للطالب كفلت لك بنفس فلان شهرا فانه تتوجه المطالبة اليه من حين كفل الى أن يمضى شهر فاذا مضى شهر سقطت المطالبة أما لو قال كفلت لك بنفس فلان الى شهر فانه لا يطالبه بتسليم النفس فى هذا الشهر ويطالبه بعد مضى الشهر قال شمس الائمة الحلوانى هذا يدل على خلاف ما يظنه العوام الى آخر ما قاله المصنف وبه تعلم وجه اقتصار المصنف على ما جعله متنا وأشار بحذف ذكر المبتدا واقتصاره على الغاية الى ما قال قاضيخان ولو قال أنا كفيل بنفس فلان من اليوم الى عشرة ايام يصير كفيلا فى الحال واذا مضت العشرة لا يبقى كفيلا فى قولهم لانه وقت الكفالة بعشرة ايام والكفالة مما يقبل التوقيت اه

قوله عن بذيرفتم تراتا بيك سال معناه أنا قبلت لك فلانا الى سنة

وقوله هركاه كه بخواهى بتوسپارمش معناه شئ اردت اسلمه لك كتبه مصححه وهبى

(قوله أو مات الطالب فكذا) لا يخفى ان الاشارة راجعة الى التضمين ولا يصح اسناده الى وارث الطالب ولذا عدل عنه الى قوله اى طلب وارثه ولا يساعده صنيع متنه (قوله صحتا) أى الكفالتان عندهما اى الامام وأبي يوسف وهو قول أبي يوسف آخرا وقال محمد لم يصحا اذ لم تصح الدعوى أى دعوى الطالب فلم يجب احضار النفس أى الى مجلس القاضي وما ذكره المصنف من توجيه قول محمد هو ما وجهه به الكرخي وقال الزيلعي هذا الوجه يوجب أن تصح الكفالة اذا بين المال عند الدعوى والوجه الثاني ما قاله أبو منصور الماتريدي رحمهما الله تعالى وهو أن الكفيل علق مالا مطلقا بخطر حيث لم يقل التي لك عليه فكانت هذه رشوة التزمها الكفيل له عند الموافاة به فهذا يوجب أن لا تصح وان بينها المدعى لان عدم النسبة اليه هو الذي أوجب البطلان اه (قوله وعندهما يجبر) ليس المراد جبره بالحبس ونحوه من العقوبة بل أمره بالملازمة يدور معه حيث دار وان أراد دخول داره استأذنه فان أذن له دخل معه وان لم يأذن له منعه من الدخول وأجلسه في باب الدار كيلا يغيب بالخروج من موضع آخر كما في التبيين (قوله ولو اعطى جاز) أى بالاجماع (قوله ولا حبس فيهما) قال الزيلعي وعن أبي يوسف ومحمد انه لا يحبس بهذه الشهادة لحصول الاستيثاق بالكفالة (قوله أى يضمن المشترى اذا استحق المبيع) المشترى فاعل يضمن ومفعوله محذوف تقديره الكفيل ولكن الكفيل كفالة الدرك اذا استحق المبيع لم يؤاخذ حتى يقضى به على البائع وقال أبو يوسف في المنتقى الكفيل بالدرك يؤاخذه المشترى بالثمن اذا قضى عليه بالاستحقاق وان كان البائع غائبا كذا في شرح المجمع (قوله وما في هذه الصورة شرطية) معناه ان بايعت فلانا فتكون في معنى التعليق أقول لكن ليست ما كان في عدم العموم لما قال في المبسوط وكلمة ما في ما بايعت فلانا عامة لان حرف ما يوجب العموم فاذا لم يؤقت فذلك على جميع العمر وما بايعت مرة بعد مرة فذلك كله على الكفيل ما لم يخرج نفسه عن الكفالة لوجود الحرف الموجب للتعميم في كلامه ويستوى في ذلك أن يبيعه بالنقد وغيره بخلاف ما لو قال اذا أو متى أو ان اذ لا يلزمه الا الاول وكلما بمنزلة ما اه ملخصا ويشترط قبول الطالب في الحال لما قال في القنية ما غصبك فلان فأنا ضامن يشترط القبول في الحال اه

البائع مع ان بابه اضيق من الكفالة فلأن يترك هنا وبابها أوسع لانها من التبرعات أولى واذا لم يواف به حتى لزمه المال لا يبرأ من الكفالة بالنفس اذ لا تنافي بين الكفالتين (فان مات المطلوب ضمن الكفيل المال) بحكم الكفالة (او) مات (الكفيل فوارثه) أى ضمن وارثه (أو) مات (الطالب فكذا) أى طلب وارثه (ادعى على رجل مائة دينار لم يبينها) بانها جيدة أو رديئة أو اشرفية أو افرنجية لتصح الدعوى (فكفل بنفسه آخر على انه ان لم يسلمه غدا فعليه المائة صحتا) أى الكفالتان عندهما وقال محمد لم تصحا اذ لم تصح الدعوى بلا بيان فلم يجب احضار النفس لعدم صحة الكفالة بها فلم تصح الكفالة بالمال لابتنائها عليها ولهما أن المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق بأصل الدعوى فظهر صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية (والقول له) أى للكفيل (في البيان) اذا اختلفا في وجوده وعدمه لانه يدعى الصحة (لا جبر على اعطاء كفيل في حد وقود) مطلقا عنده وعندهما يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القود لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى وله أن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق (ولو أعطى جاز) لامكان ترتب موجبه عليه وهو المطالبة بالنفس (ولا حبس فيهما) أى في حد وقود (حتى يشهد مستوران أو عدل) لان الحبس هنا للتهمة وهي تثبت باحد شطرى الشهادة اما العدد أو العدالة بخلاف الحبس في الاموال لانه غاية عقوبة فيها فلا يثبت الا بحجة كاملة (وأما الثانية) أى الكفالة بالمال (فتصح ولو جهل المكفول به اذا صح دينا) الدين الصحيح دين لا يسقط الا بالاداء أو الابراء احترز به عن بدل الكتابة وسيأتي (بكفلت عنه بألف وبما لك عليه وبما يدركك في هذا البيع) وهذا يسمى ضمان الدرك وهو ضمان الاستحقاق أى يضمن المشترى اذا استحق المبيع (وبما بايعت فلانا) أى بايعت منه فاني ضامن لثمنه لا ما اشتريته منه فاني ضامن للمبيع لان الكفالة بالمبيع لا تجوز كما سيأتي وقد مر تمام تحقيقه في كتاب الرهن (أو ما ذاب) أى وجب (لك عليه) وما في هذه الصورة شرطية معناه ان بايعت فلانا فيكون في معنى التعليق (أو علقت) عطف على صح دينا (بشرط) يعني صريح الشرط والا ففي الامثلة السابقة معنى الشرط (ملائم) أى مناسب للكفالة بان يكون شرطا لوجوب الحق (نحو ان استحق المبيع أو) لامكان الاستيفاء نحو

(ان قدم زيد وهو مكفول عنه او) لتعذر الاستيفاء نحو (ان غاب زيد) المكفول عنه (عن المصر) فان كلا منهما مناسب للكفالة كالشروط المفهومة من الامثلة المذكورة فانها اسباب لوجوب المال فتناسب ضم الذمة الى الذمة (لا) اى لاتصح الكفالة ان علقت (بنحو) اى بشرط غير ملائم نحو (ان هبت الريح اوجاء المطر) قال فى الهداية لايصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أوجاء المطر الاانه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لاتبطل الشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق وتبعه صاحب الكافى وقال الزيلعى هذا سهو فان الحكم فيه أن التعليق لايصح ولايلزمه المال لان الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ذكره قاضيخان وغيره أقول قوله سهو وخطأ لان المذكور فى العمادية والاستروشنية ان الكفالة مما لاتبطل بالشروط الفاسدة فالظاهر أن فيه روايتين يؤيده أن الصدر الشهيد ينقل مسئلة هى أن العبد المأذون اذا لحقه دين وخاف صاحب المال أن يعتقه المولى فقال رجل لصاحب المال ان أعتقه المولى فانا ضامن لما لك عليه صحت الكفالة ثم يقول هذه المسئلة دليل على أن تعليق الكفالة بشرط غير متعارف جائز (ولا) تصح أيضا

(قوله قال فى الهداية الخ) ما قاله ليس عبارتها فانها ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل أن يقول ما بايعت فلانا او ما ذاب لك عليه فعلى وما غصبك فعلى والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم والاجماع على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقه بشرط ملائم مثل أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع أولامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه أولتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلد وما ذكر من الشروط فى معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله اذا هبت الريح أوجاء المطر وكذا اذا جعل واحدا منهما أجلا الاانه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لاتبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق اه فقول الهداية فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله اذا هبت الريح أوجاء المطر مسئلة مستقلة صرح فيها بنفى صحة تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجىء المطر ويلزم منه نفى جواز الكفالة وفصل مسئلة جعل هبوب الريح ومجىء المطر أجلا عن مسئلة التعليق بعطفها قوله وكذا اذا جعل واحدا منهما أجلا الاانه تصح الكفالة ويجب المال حالا اه يعنى وكذا لايصح التأجيل او المراد وكذا لايتحقق الصحة أوالمعنى وكذا لايصح التعليق على أن يكون المراد التأجيل على طريقة الاستخدام وبه يندفع الاشتباه الحاصل ٢٩٩ فى معرفة فاعل لايصح المقدر فى قوله وكذا اذا جعل

وليس قوله الاانه تصح الكفالة راجعا الا الى قوله وكذا اذا جعل واحدا منهما أجلا لان الشرط الغير الملائم لاتصح معه الكفالة أصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الاجل لكن تعليل صاحب الهداية بقوله لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لاتبطل بالشروط الفاسدة يقتضى أن فى التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة وانما يبطل الشرط والمصرح به فى المبسوط وغيره أن الكفالة باطلة فتصحيحه بحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجامع أن فى كل منهما عدم ثبوت الحكم فى الحال (قوله وتبعه صاحب الكافى) ليس كما قيل لان عبارته وان لم يكن اى الشرط ملائما كقوله ان هبت الريح اوجاء المطر أوان دخل زيد الدار لاتصح وكذا اذا نقل به الى مجىء المطر أوهبوب الريح بطل الاجل وصحت الكفالة لانهما ليسا من الآجال المعروفة بين التجار اه وكيف يتأتى نسبة ما ذكر الى الكافى وقد قال صاحبه فى الكنز مختصر متن الكافى أعنى الوافى ولا يصح بنحو ان هبت الريح فان جعل أجلا تصح الكفالة ويجب المال حالا اه والكلام على عبارة الكافى كما ذكرناه فى كلام الهداية (قوله وقال الزيلعى) هذا سهو ومنشأ هذه التسمية اختلاف نسخة من الكنز وعليها شرح الزيلعى بقوله قال ولا تصح بنحو ان هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا اه ولا سهو فى عبارة الكنز كما لاسهو فى الهداية والكافى فلا يرد ما قاله الزيلعى على صحيح نسخ الكنز (قوله أقول قوله سهو وخطأ لان المذكور فى العمادية والاستروشنية أن الكفالة مما لاتبطل بالشروط الفاسدة) قد يلزم منه أن يكون ما قاله المصنف قبل هذا متنا لاتصح بنحو ان هبت الريح اوجاء المطر خطأ لانه عين ما قاله الزيلعى وليس خطأ بل عين الصواب وهذا ليس وجها للتخطئة لان الزيلعى يقول أيضا بأن الكفالة مما لاتبطل بالشروط الفاسدة وقد ذكره فى شرحه للكنز فى محله وتبعته أنت أيضا وليس الكلام هنا فيما اذا كفل بشرط ما أى شرط كان بل فى شرط لاتعلق للحق به ولا هو وسيلة اليه لكن يقال فيه نظر بما ان ما قاله ليس عبارة الهداية والكافى كما ذكرناه وليس نقلا بالمعنى التام فكان على المصنف أى صاحب الدرر رحمه الله تعالى أن يذكر عبارة الكتابين على نحو ما ذكرناه (قوله فالظاهر أن فيه روايتين) ليس بظاهر اذ لا اختلاف رواية فى ذلك (قوله يؤيده أن الصدر الشهيد الخ) غير مسلم بل ما ذكره الصدر الشهيد مما شرطه متعارف كما لو قال ان غاب عن المصر بجامع تعذر الاستيفاء بالعتق كالغيبة عن المصر (قوله ثم نقول هذه المسئلة دليل على أن تعليق الكفالة بشرط غير متعارف جائز) غير ظاهر اذ لا دليل بما ظهر لك انها مما شرطه متعارف وقد بسطنا الكلام على هذا المحل فى رسالة مسماة ببسط المقالة ورأيت بعد ذلك موافقته للعلامة المرحوم جوى زاده مكتوبا بحاشية بعض النسخ فلله الحمد والمنة (قوله ولا تصح أيضا

(بجهالة المكفول عنه و) بجهالة المكفول (له) الاول (نحو ما ذاب لك على الناس أو أحد منهم فعلي و) الثاني (نحو ما ذاب للناس أو أحد منهم عليك فعلي) كذا في العمادية (و) لا (بنفس حد وقصاص) لما مر أن شرطها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل وهذان ليسا كذلك وانما قال بنفس حد وقصاص احترازا عن الكفالة بنفس من عليه الحد والقصاص فانها تجوز كما مر (و) لا (بحمل دابة معينة مستأجرة له وخدمة عبد معين مستأجر لها) للعجز عن التسليم لانه استحق عليه الحمل على دابة معينة والكفيل لو أعطى دابة من عنده لا يستحق الاجرة لانه أتى بغير المعقود عليه الا يرى أن المؤجر لو حمله على دابة أخرى لا يستحق الاجر فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف ما اذا كانت الدابة غير معينة لان الواجب على المؤجر الحمل مطلقا والكفيل يقدر عليه بأن يحمله على دابة نفسه (و) لا (بالثمن للموكل ورب المال) أي اذا باع رجل لرجل ثوبا بأمره ثم ضمن الثمن عن المشتري للآمر أو باع المضارب مال المضاربة ثم ضمن الثمن لرب المال لا يصح لان حق القبض للوكيل والمضارب ولهذا لا يبطل بموت الموكل حتى لو مات كان له أن يقبض الثمن وكذا لو نهاه الموكل عن قبض الثمن حال حياته لا يعمل بنهيه فلو صح الضمان صار ضامنا لنفسه وانه لا يجوز (وللشريك اذا بيع عبد صفقة) يعني باع رجلان عبد الرجل صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن بطل الضمان لان الصفقة اذا اتحدت فالثمن يجب لهما مشتركا بينهما فلو صح ضمان أحدهما لصاحبه بنصيبه شائعا صار ضامنا لنفسه وهو باطل ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وهو باطل لان القسمة تقتضي أن يكون حق كل منهما مفرزا في حيز على حدة وهو لا يتصور في الدين وان باعا العبد صفقتين بان باع كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة فضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن صح لان الصفقة اذا تعددت فما يجب لكل منهما بعقده يكون له خاصة (و) لا (بالعهدة) لانها اسم مشترك يقع على الصك القديم والعقد وحقوق العقد والدرك وخيار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان ولذلك بطل الضمان (و) لا (بالخلاص) عند أبي حنيفة لان معناه عنده تخليص المبيع عن المستحق وتسليمه الى المشتري وهو غير مقدور له وصح عندهما لان معناه عندهما ضمان الثمن ان عجز عن تسليم المبيع بورود الاستحقاق فيكون كالدرك (و) لا (ببدل الكتابة) لانه في معرض الزوال بالعجز فلا يكون دينا صحيحا (و) لا (عن ميت مفلس) يعني اذا مات من عليه دين ولم يترك شيئا فكفل عنه للغرماء رجل لم تصح عند أبي حنيفة لانه كفل بدين ساقط عن ذمة الاصيل لان الدين عبارة عن اشتغال الذمة بدين يجب أداؤه لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففاتت عاقبة الاستيفاء فسقط ضرورة (ولا) بلا (قبول الطالب في المجلس) أي مجلس عقد الكفالة (الا) في مسئلة واحدة هي (أن يكفل وارث المريض عنه بغيبة الغرماء) بأن يقول المريض لورثته أو بعضهم تكفلوا عني بما علي من الدين لغرمائي فضمنوا به مع غيبتهم فانه جائز استحسانا وان كان القياس أن لا يجوز لان الطالب غائب ولا يتم الضمان الا بقبوله وجه

بجهالة المكفول عنه) فيما ذكر آخر الباب خلاف لهذا وهو لو قال اسلك هذا الطريق فان أخذ مالك فأنا ضامن فأخذ ماله ضمن وتصح مع جهالة المكفول عنه اذا كانت الجهالة يسيرة مثل أن يقول كفلت لك بمالك على أحد هذين والتعيين الى المكفول له لانه صاحب الحق كما في التبيين وقال في جامع الفصولين ما ثبت لك على هؤلاء أو على أحد هؤلاء تصح (قوله ولا بحمل دابة معينة) قيد بالحمل لان الكفالة بتسليم الدابة المعينة صحيح كما في التبيين (قوله ولا ببدل الكتابة) كذا مال السعاية عند أبي حنيفة خلافا لهما كما في شرح المجمع وينبغي أن تكون النفقة كذلك كما قدمناه عن الاشباه والنظائر

الاستحسان ان هذه وصية منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا يصح وان لم يسم
المريض الدين وغرماءه لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا لا تصح الا اذا ترك
مالا (وصحت) اى الكفالة بلا قبول الطالب (عند ابى يوسف) مطلقا فى رواية وفى
رواية اخرى اذا بلغه الخبر واجاز (وبه يفتى) كذا فى تلخيص الجامع الكبير وفى
الفتاوى البزازية (واجمعوا انه) اى الكفيل (اذا قال بطريق الاخبار) بان يقول
انا كفيل بما لفلان على فلان (جاز) كذا فى الخلاصة (و) لا (بالامانات) كالوديعة
والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة (و) لا (بالمبيع) قبل القبض
(والمرهون) بعد القبض لان من شرط صحة الكفالة ان يكون المكفول به مضمونا
على الاصيل بحيث لا يمكنه ان يخرج عنه الا بدفعه او دفع بدله ليتحقق معنى الضم
فيجب على الكفيل والامانات ليست بمضمونة والمبيع قبل القبض ليس بمضمون
بنفسه بل بالثمن كما مر وكذا الرهن ليس بمضمون بنفسه بل يسقط الدين اذا هلك
فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل فى هذه الصور لعدم وجوبه على الاصيل
(وتجوز) اى الكفالة (بتسليمها) اى تسليم الامانات والمبيع والمرهون فان
كانت قائمة وجب تسليمها وان هلكت لم يجب على الكفيل شئ كالكفيل
بالنفس (وقيل ان وجب) اى تسليمها (على الاصيل) كالعارية والاجارة (جازت)
اى الكفالة (به) اى بتسليمها (والا) اى وان لم يجب تسليمها عليه كالوديعة (فلا)
اى لا تجوز الكفالة بتسليمها (وتصح) اى الكفالة (بالثمن) لانه دين صحيح
مضمون على المشترى (والمغصوب والمقبوض على سوم الشراء والمبيع) بيعا
(فاسدا) فانها مضمونة حتى اذا هلكت عنده يجب الضمان عليه فامكن ايجابه
على الكفيل (و) تصح (بالخراج) لانه دين مطالب من جهة العباد فصار كسائر
الديون بخلاف الزكاة فى الاموال الظاهرة والباطنة لان الواجب فيها فعل هو
عبادة والمال محله ولهذا لا تؤخذ من تركته بعد موته الا بوصية (والنوائب) قيل
هى ما يكون بحق كاجرة الحارس وكرى النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز
الجيش وفداء الاسرى وقيل هى ما ليس بحق كالجبايات التى فى زماننا اخذ الظلمة
بغير حق فان اريد الاول جاز الكفالة بها اتفاقا لانه واجب مضمون وان اريد
الثانى ففيه اختلاف المشايخ (والقسمة) هى النوائب الا ان القسمة ما يكون راتبا
والنوائب ليست كذلك وانما وظفها الامام عند الحاجة اذا لم يكن فى بيت المال
شئ وقيل هى ان يمتنع احد الشريكين من القسمة بينه وبين صاحبه فيضمنه شخص
لانها واجبة (والدرك) وقد مر بيانه (والشجة) وهى الجراحة والكفالة بها ان يقول
كفلت بموجبها وهو الارش (وقطع الاطراف اذا لم يكن موجبه القصاص) بل
الدية اذ الواجب حينئذ مال واجب الاداء (قال ادفعه اليك او اقضيه لا يكون
كفالة الا ان يذكر ما يدل على الالتزام او علق) قال فى الخلاصة وفى فتاوى النسفى
لو قال لصاحب الدين الذى لك على فلان انا ادفعه اليك او اقضيه لا يكون
كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام بان يقول كفلت او ضمنت او على او الى
اما لو قال تعليقا يكون كفالة نحو ان قال ان لم يؤد فلان فانا اؤدى تصح (للطالب

(قوله وصحت عند ابى يوسف وبه يفتى)
قال فى البرهان وبعض المشايخ افتى
بقول ابى يوسف رفقا بالناس اه (قوله
وقيل ان وجب اى تسليمها الخ) كذا
نقله الزيلعى بصيغة قيل المشعرة
بالتمريض وقد نقله فى شرح المجمع عن
التحفة بغير تلك الصيغة فقال وفى التحفة
الكفالة بامانة غير واجبة التسليم
كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح
اصلا والكفالة بامانة واجبة التسليم
كالعارية جائزة وعلى الكفيل تسليمها
فان هلك لا يجب شئ فان ضمن تسليمها
ممن هو فى يده جاز اه (قوله وتصح
بالخراج) قيل المراد بالخراج الخراج
الموظف وهو الذى يجب فى الذمة بان
يوظف الامام كل سنة على ما يراه لا الخراج
المقاسمة وهو ما يقسمه الامام من غلة
الارض كالربع او الثلث لانه غير واجب
فى الذمة (قوله وله ايضا مطالبة احدهما
ولو بعد مطالبة الآخر) مستدرك بما هو
اكثر فائدة منه وهو قوله للطالب مطالبة
الكفيل مع الاصيل الخ

(قوله كفل بأمره رجع عليه بما أدى) أشار به الى انه لا يشترط فى الرجوع ذكر الضمان ولا اشتراط الرجوع وقال فى النهر قد طولب بالفرق بين الامر بالكفالة وما اذا قال ادّ عنى زكاة مالى أو اطعم عنى عشرة مساكين لا يرجع ما لم يقل على انى ضامن وحاصل الفرق أن الامر فى الكفالة يتضمن طلب الفرق اذا ذكر لفظة عنى وفى قضاء الزكاة والكفارة طلب اتهاب ولو ذكر لفظة عنى والحاصل انه انما يرجع فى الكفالة بالامر اذا قال عنى او على وان لم يقل ذلك فان كان خليطا رجع والا لا اهـ وقال قاضيخان ذكر فى الاصل اذا أمر صيرفيا له فى المصارفة ان يعطى رجلا الف درهم قضاء عنه أو لم يقل قضاء عنه ففعل المأمور فانه يرجع الصيرفى على الآمر فى قول أبى حنيفة رحمه الله فان لم يكن صيرفيا لا يرجع الا أن يقول ٣٠٢ عنى ولو أمره أسير بشرائه أو بدفع الفداء يرجع عليه استحسانا وان لم يقل على أن ترجع على بذلك وكذا لو قال أنفق من مالك على عيالى أو فى بناء دارى رجع بما أنفق وكذا لو قال اقض دينى يرجع على كل حال اهـ (قوله بخلاف المأمور بأداء الدين فانه يرجع بما أدى) أى من الزيوف فيأخذ بوفاء مثلها ولو تجوز بها رب الدين عن الجياد وان أدى أجود رجع بمثل الدين اهـ وقال فى الخلاصة لو أعطاه بها أى بالجياد التى كفلها دنانير أو شيئا من المكيل أو الموزون له أن يرجع بمثل ما ضمن اهـ (قوله وان أجاز بعد العلم الخ) هذا اذا أجاز بعد المجلس أما اذا أجاز فى المجلس فانها تصير موجبة للرجوع كذا فى البحر عن العمادية (قوله قال اضمن ألفا لفلان على الخ) فيه تأمل لانه لا يظهر فيه مخالفة لحكم ما اذا أمره بالكفالة عنه لان صيغة على كقوله عنى واحدى الصيغتين كاف للرجوع واذا تجرد الكلام عنهما جميعا لا يرجع المأمور الا أن يكون خليطا للآمر أو فى عياله أو صيرفيا له فيرجع مطلقا لما تذكر فلا يظهر وجه الجمع بينهما أى الصيغتين لاشتراط الرجوع ولعل لفظة على زائدة لتكون بيانا لما يكون به كفيلا بالامر وما لا يكون والذى ظهر لى أن فى هذا سهوا بزيادة لفظة على بمسئلة ذكرها فى شرح المجمع بقوله ولو قال لغير خليط أى لمن لم يكن مخالطا فى الاخذ والاعطاء ولا اذا هو فى عياله اقض فلانا ألفا ولم يقل عنى فأدى المأمور ألفا يحكم له أى أبو يوسف للمأمور بالرجوع وقالا لا يرجع قيد بغير خليط اذ لو كان خليطا يرجع اتفاقا لقيام قرينة على ان الدين للآمر وقيد بقوله اقض لانه لو قال أد لا يرجع اتفاقا وقيد بقوله ولم يقل عنى اذ لو قال عنى يرجع اتفاقا وقيدنا بقولنا ولا هو فى عياله لانه لو كان فى عياله أو الآمر فى عيال المأمور يرجع اتفاقا من الحقائق له أن القضاء انما يكون بدين واجب والظاهر ان الانسان انما يأمر بقضاء دين عليه لا على غيره فصار كانه قال اقض عنى ولهما ان قوله ألفا يحتمل أن يكون دينا للمأمور وان يكون دينا للآمر لان الانسان اذا رأى غيره يماطل فى دينه يأمره بالقضاء فلا يرجع بالشك اهـ وقال الكمال ان الرجوع مقيد بأمرين أحدهما ان يكون المطلوب ممن يصح منه الامر فيخرج الصبى والعبد المحجور

مطالبة الاصيل مع الكفيل) لان مفهوم الكفالة وهو ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة يقتضى قيام الذمة الاولى لا البراءة عنها (الا اذا شرط البراءة فتكون) أى الكفالة حينئذ (حوالة) اعتبارا للمعنى (كما ان الحوالة بشرط عدم البراءة) أى براءة المحيل (كفالة وله) أيضا (مطالبة أحدهما ولو بعد مطالبة الآخر) لان مقتضاها الضم لا التمليك بخلاف المالك اذا اختار أحد الغاصبين حيث يتضمن التمليك منه اذا قضى القاضى به فلا يمكنه التمليك من الثانى (كفل بمالك عليه) أى قال كفلت بمالك عليه (فان برهن) أى الطالب (على ألف لزمه) أى الالف للكفيل فان الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان (والا) أى وان لم يبرهن (صدق الكفيل فيما يقر به مع يمينه) لانه منكر للزيادة (لا الاصيل فى الزائد عليه) فى حق الكفيل يعنى ان اعترف الاصيل بالزائد على ما أقر به الكفيل لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه بل يصدق فى حق نفسه (كفل بأمره) يعنى تجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبلا أمره لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فاذا كفل بأمره وأدى (رجع عليه) أى المكفول عنه (بما أدى اذا أدى ما ضمنه) لانه قضى دينه بأمره فيرجع عليه واذا أدى خلافه رجع بما ضمن لا بما أدى حتى لو كفل بالجياد وأدى الزيوف وتجوز من له الدراهم على المكفول عنه رجع بالجياد ولو كفل بالزيوف وأدى الجياد رجع عليه بالزيوف لان رجوع الكفيل بحكم الكفالة وانما يرجع بما يدخل تحت الكفالة بخلاف المأمور بأداء الدين فانه يرجع بما أدى اذ لا يجب عليه شئ حتى يملكه بالاداء بل كان مقرضا فيرجع بما أدى (ولا يطالبه) أى الكفيل المكفول عنه بالمال (قبل الاداء) المكفول له لانه لا يملك ما فى ذمة المكفول عنه ويملكه بعده فيرجع (وبدونه) أى بدون أمره (لم يرجع) بما أدى لانه متبرع فيه (وان) وصلية (أجاز) أى المكفول عنه (بعد العلم) لان كل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة أبدا كذا فى العناية (قال اضمن ألفا لفلان على) فضمن (فأدى لم يرجع عليه الا

وثانيهما أن يشتمل كلامه على لفظة عني كأن يقول اكفل عني اضمن عني لفلان أو علي اهـ وقال قاضيخان رجل قال لغيره
اكفل لفلان بألف درهم عني وقال انقد فلانا ألف درهم له علي أو قال اضمن له عني أو قال اضمن له الألف التي على أو قال
اقضه ماله علي أو قال اقضه عني أو قال اعطه الألف التي له علي أو قال اعطه عني ألف درهم أو قال أوفه عني

اذا قال عني) كما مر في الكفالة بالنفس (فان لوزم) أي لازم الطالب الكفيل لطلب
المال (لازمه) أي الكفيل المكفول عنه (وان حبس) أي صار الكفيل محبوسا
(حبس هو) المكفول عنه اذ لم يلحقه ما لحقه الا من جهته فيجازى بمثله (أبرأ
الطالب الاصيل ان قبل) أي الاصيل الابراء (برئا) أي الاصيل والكفيل معا
(أو أخره) أي الطالب الطالب (عنه) أي الاصيل (تأخر عنهما) لانه الاصل
والكفيل تابع (بلا عكس فيهما) لاستلزامه تبعية الاصل للفرع (ولو أبرأ) أي
الطالب (الكفيل) فقط (برئ وان لم يقبل) اذ لا دين عليه ليحتاج الى القبول بل
عليه المطالبة وهي تسقط بالابراء (ولو وهب الدين له) أي للكفيل ان كان غنيا
(أو تصدق عليه) ان كان فقيرا (يشترط القبول) كما هو حكم الهبة والصدقة وهبة
الدين لغير من عليه الدين تصح اذا سلط عليه والكفيل مسلط على الدين في الجملة
كذا في الكافي (وبعده له الرجوع على الاصيل) كذا في التتارخانية (صالح
أحدهما) من الاصيل والكفيل (الطالب عن ألف على خمسمائة برئا) أي
الاصيل والكفيل لانه أضاف الصلح الى الالف الدين وهو على الاصيل فبرئ عن
خمسمائة وبراءته توجب براءة الكفيل (و) ان أداها الكفيل (رجع على الاصيل
بها) أي بخمسمائة أداها (ان كفل بأمره) اذ بالاداء ملك ما في ذمة الاصيل
فاستوجب الرجوع (ولو) صالح (على جنس آخر رجع بالالف) لانه مبادلة فملك
ما في ذمة الاصيل فرجع بكله عليه (صالح) أي الكفيل (عن موجب الكفالة
لم يبرأ الاصيل) لان موجبها المطالبة وابراء الكفيل عنها لا يوجب ابراء الاصيل
(قال الطالب للكفيل برئت الى من المال رجع على الاصيل) لانه اقرار بقبض
المال من الكفيل لانه اسند البراءة الى الكفيل وغياها الى نفسه بقوله الى
والبراءة التي ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء
فكان هذا اقرارا بالقبض منه فيرجع ان كانت الكفالة بامره (وفي ابرأتك
لا) أي لا يرجع لانه ابراء لا اقرار منه بالقبض من الكفيل (واختلف في برئت)
يعني اذا قال الطالب للكفيل برئت ولم يقل الى فهو ابراء عند محمد وعند أبي يوسف
اقرار بالقبض هذا كله اذا غاب الطالب (وان كان حاضرا يرجع اليه في البيان)
لصدور الاجمال عنه (لا يصح تعليق البراءة منها) أي من الكفالة (بالشرط)
مثل اذا جاء غد فانت برئ منها لان في الابراء معنى التمليك كالابراء عن الدين
وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وأما على قول من يقول
بثبوت المطالبة فقط فلان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لانها وسيلة اليه والتمليك
لا يقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت فيها على الكفيل المطالبة لا الدين
في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق وقيل اذا كان الشرط مما

ألف درهم ففعل المأمور فانه يرجع على
الآمر في هذه المسائل بما دفع في رواية
الاصل وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى
في المجرد اذا قال لآخر اضمن لفلان
الالف التي له على فضمنها وأدى اليه
يكون متطوعا في الضمان ولا يرجع على
الآمر الا ان يكون خليطا للآمر فيرجع
عليه وكذا في قوله اقضه والخليط هو الذي
يكون في عياله كالوالد والولد والزوجة
وابن الاخ في عياله أو أجيره أو شريكه
شركة عنان كذا قال في الاصل وذكر في
بعض المواضع الخليط هو الذي يأخذ
منه الرجل ويعطيه ويؤاتيه ويضع عنده
المال وان لم يكن في عياله اهـ (قوله
كما مر في الكفالة بالنفس) لم يذكره
ثمة كذلك (قوله فان لوزم لازمه الخ)
هذا اذا لم يكن من أصول الدائن فاذا
كان المدين أصلا لا يحبس كفيله ولا
يلازم لما يلزم من فعله ذلك بالاصيل وهو
ممتنع ولنا فيه رسالة (قوله أبرأ الطالب
الاصيل الخ) حاصله ان الكفيل حكم
ابرائه والهبة يختلف في الابراء لا يحتاج
الى القبول وفي الهبة والصدقة يحتاج الى
القبول وفي الاصيل يتفق حكم ابرائه
والهبة والصدقة فيحتاج الى القبول في
الكل اهـ وموت الاصيل قبل القبول
والرد يقوم مقام القبول ولو رده ارتد
ودين الطالب على حاله واختلاف المشايخ
ان الدين هل يعود الى الكفيل أم لا
فبعضهم يعود وبعضهم لا كما في الفتح
(قوله برئا أي الاصيل والكفيل لانه أضاف
الصلح الخ) الضمير لانه راجع للكفيل ولم
يقل لما اذا صالح الاصيل لظهوره (قوله

وعند أبي يوسف اقرار بالقبض) قال في العناية وقيل أبو حنيفة رحمه الله مع أبي يوسف في هذه المسئلة وكان المصنف يعني صاحب
الهداية اختاره فأخره وهو أقرب الاحتمالين فالمصير اليه أولى اهـ (قوله وهذا كله) راجع للمسائل الثلاث (قوله وقيل يصح)
أي تعليق البراءة من الكفالة بالشرط وهو أوجه لان المنع لمعنى التمليك وذا يتحقق بالنسبة الى المطلوب أما الكفيل فالمتحقق

عليه المطالبة فكان ابراؤه اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا الا يرتد بالرد من الكفيل بخلاف الاصيل لايصح تعليقه لان فيه معنى تمليك المال كذا في الفتح (قوله كذا في العناية) اهـ ل صوابه النهاية (قوله فان أدى وارثه لم يرجع قبل حلوله) وقال زفر يرجع عليه في الحال (قوله وان مات المطلوب قبل الأجل حل عليه الاجل فقط) أي لا على الكفيل فالطالب ان شاء طالب في تركة المطلوب الآن لحلول الاجل بالموت وان شاء صبر الى حلول الاجل فطالب الكفيل (قوله لان دينه ثابت على كل منهما في حال الحياة) ينبغي أن يقال في التعليل لان غيرتهما احل الاجل على كل منهما اه على أن ثبوت الدين على كل منهما انما هو على خلاف الصحيح كما تقدم (قوله وان ربح الكفيل به) اى بالمال الذى قبضه الكفيل من المطلوب قبل أن يعطى الطالب طاب له هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء وقد قضى الكفيل الدين فلا خبث في الربح اصلا في قولهم جميعا واما اذا قضاه الاصيل ففي الربح نوع خبث على قول الامام رحمه الله وان قبضه على وجه الرسالة لايطيب له الربح على قول الامام ومحمد وعلى قول أبي يوسف يطيب لعدم التعيين وصله الخلاف في الربح بالدراهم المغصوبة كما في التبيين والنهاية وقال في القنية دفع المديون الى الكفيل قبل أن يوفى ولم يقل قضاء ولا بجهة الرسالة فانه يقع عن القضاء اه فعليه يكون للكفيل ما ربح عند الاطلاق (قوله وندب رده على قاضيه فيما يتعين) هذا رواية الجامع الصغير عن أبي حنيفة وهو الاصح وفي رواية كتاب البيوع والاصل عنه الربح له لا يتصدق به ولا يرده على الاصيل وبه اخذ ابو يوسف ومحمد وفي رواية كتاب الكفالة عنه انه لا يطيب له ولا يتصدق به ووجه كل في العناية ثم اذا رده على قاضيه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه أن يطيب له كذا في النهاية وقال الكمال والاوجه طيبه له (قوله وهذا اذا قضى الاصيل الدين) كذا قاله الزيلعي ثم قال وهذا يعني الخلاف اذا أعطاه على وجه القضاء لدينه وان دفع اليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق (قوله رجل ذكره الزيلعي) وذكروها أخو اقسميته ثم قال وهذا النوع مذموم شرعا اخترعه أكلة الربا وقال عليه الصلاة والسلام اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم اه وقال الكمال وهذا البيع مكروه وقال أبو يوسف رحمه الله لا يكره هذا البيع لانه فعله كثير من الصحابة رضي الله عنهم وحمدوا ذلك ولم يعدوه من الربا حتى لو باع كاغدة بألف يجوز ولا يكره وقال محمد رحمه الله

لا منفعة فيه للطالب اصلا نحو اذا جاء غد لا يجوز واذا كان ملائما متعارفا فيه نفع للطالب يجوز كما اذا كفل بالمال والنفس وقال ان وافيتك به غدا فانا برىء من المال فقبل الطالب فوافاه الكفيل في الغد فهو برىء من المال كذا في العناية (مات الكفيل قبل الاجل حل) اى الدين (عليه فان أدى وارثه لم يرجع قبل حلوله) لان الكفيل التزم الدين مؤجلا فلو رجعوا بالمعجل وهو أكثر من المؤجل في المالية يكون ربا (وان مات المطلوب قبل الاجل حل عليه الاجل فقط وان ماتا) اى الكفيل والمكفول عنه (فالطالب يأخذه من أي التركتين شاء) لان دينه ثابت على كل واحد منهما كما في حال الحياة (لا يسترد اصيل ما ادى الى كفيله ليدفعه الى طالبه (وان لم يعطه طالبه) اذ تعلق حق به على احتمال قضائه الدين فلا يجوز الاسترداد ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها الى الساعي (وان ربح) اى الكفيل (به) أي بالمال الذى قبضه الكفيل من المطلوب قبل ان يعطيه الطالب (طاب له) اى للكفيل لانه ملكه بالقبض وكان الربح بدل ملكه (وندب رده) أي الربح (على قاضيه) وهو الاصيل (فيما يتعين) بالتعيين كالحنطة والشعير هذا اذا قضى الاصيل الدين وهو قول ابي حنيفة وعنه انه يتصدق به وقالا لا يطيب له الربح وهو رواية عنه (امر كفيله ببيع العينة ففعل فالمبيع للكفيل والربح) الذي حصل للبائع يكون (عليه) اى الكفيل لا الآمر بيانه ان الاصيل امر الكفيل ببيع العينة وهو ان يقول له اشتر من الناس نوعا من الاقمشة ثم بعه فما ربحه البائع منك وخسرته أنت فعلي وهو يأتي الى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر منه الربح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوي عشرة مثلا بخمسة عشر نسيئة فيبيعه هو في السوق بعشرة فيحصل له العشرة فيجب عليه للبائع خمسة عشر الى أجل او يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التي أقرضه على انها ثمن الثوب فيبقى عليه الخمسة عشر قرضا فاذا فعل ذلك نفذ عليه والربح الذي ربحه التاجر يلزمه ولا يلزم الآمر شيء لانه اما ضامن لما يخسره كما قال بعضهم نظرا الى قوله على فانه للوجوب فلا يجوز كما اذا قال لرجل بايع في السوق فما خسرت فعلي واما توكيل بالشراء كما قال بعضهم نظرا الى الامر به فلا يجوز ايضا للجهالة نوع الثوب في ثمنه ويسمى هذا النوع من البيع عينة لما فيه من السلف يقال باعه بعينة اى نسيئة ذكره الزيلعي (كفل بما ذاب له او قضى له عليه او بما لزمه له) اى كفل رجل عن

رجل لرجل بما ذاب له عليه (فغاب الاصيل فبرهن المدعى على الكفيل ان له على الاصيل كذا رد) اى لم يقبل برهانه على الكفيل حتى يحضر الغائب فيقضى عليه لان شرط وجوب المال على الكفيل القضاء بالمال على الاصيل وهو لم يوجد لكونه غائبا (برهن ان له على زيد) الغائب (كذا وهذا كفيله قضى على الوكيل) لان المدعى ههنا مال مطلق فامكن اثباته بخلاف ما تقدم فانه مقيد بكون المال مقضيا به على الاصيل (ولو زاد بامره قضى عليهما) لان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء فالقضاء باحدهما لا يكون قضاء بالآخر فاذا قضى بها بالامر ثبت وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه لان صحتها تعتمد قيام الدين فى زعم الكفيل فلا يتعدى عنه وفى الكفالة بالامر يرجع الكفيل بما أدى على الآمر (كفالته بالدرك تسليم) للمبيع واقرار منه بان لا حق له فى المبيع حتى لا تجوز له بعدها دعوى ملكيته (ككتب شهادته فى صك كتب فيه باع ملكه او) باع (بيعا نافذا باتا) فانه أيضا تسليم للمبيع واقرار منه بان لا حق له فى المبيع (لا كتب شهادته فى صك بيع مطلق) عن قيد الملكية وكونه نافذا باتا (فانه لا يكون تسليما) بل يسمع بعده دعوى الملكية اذ ليس فيه ما يدل على اقراره بالملك للبائع لان البيع قد يصدر عن غير المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة بخلاف ما تقدم فانه مقيد بما ذكر (ككتب شهادته على اقرار العاقدين) فانه أيضا لا يكون تسليما اذ لا يتعلق به حكم وانما هو مجرد اخبار ولو اخبر بان فلانا باع شيئا كان له ان يدعيه (قال ضمنته لك الى شهر وقال الطالب حالا فالقول للضامن) يعنى اذا قال الكفيل للطالب ضمنت لك عن فلان ألفا الى شهر فلا تطالبنى الآن وقال الطالب هو حال فالقول للكفيل (وعكس فى لك على مائة الى شهر اذا قال الآخر حالة) والفرق ان الكفيل لم يقر بالدين اذ لا دين عليه فى الصحيح كما مر وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر والطالب يدعى عليه المطالبة فى الحال وهو ينكر فالقول له والمقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى شهر فلا يقبل قوله بلا بينة (لا يؤاخذ ضامن الدرك اذا استحق المبيع قبل القضاء على البائع بالثمن) لان البيع لا ينقض بمجرد الاستحقاق ما لم يقض بالثمن على البائع فلا يجب رد الثمن على الاصيل فلا يجب على الكفيل (قال لآخر اسلك هذا الطريق فانه أمن فسلك وأخذ ماله لم يضمن ولو قال ان كان مخوفا وأخذ مالك فأنا ضامن) وباقى المسئلة بحالها (ضمن) وصار غارا الاصل ان المغرور انما يرجع على الغار اذا حصل الغرور فى ضمن المعاوضة أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصا حتى لو قال الطحان لصاحب الحنطة اجعل الحنطة فى الدلو فجعلها فى الدلو فذهب من ثقبه ما كان فيه الى الماء والطحان كان عالما به يضمن لانه صار غارا فى ضمن العقد بخلاف المسئلة الاولى لانه ثمة ما ضمن السلامة بحكم العقد وههنا العقد يقتضى السلامة كذا فى العمادية

{فصل} (لمادين على آخر فكفل أحدهما لصاحبه بنصيبه لم يجز) يعنى اذا

هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم فظهر عليكم عدوكم اى اشتغلتم بالحرث عن الجهاد وفى رواية سلط عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم وقيل اياك والعينة فانها العينة واشد من بيع العينة البياعات الكائنة الآن كبيع العسل والزيت والشيرج وغير ذلك استقر الحال على وزنها مظروفة ثم اسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك انه بحكم الغصب المحرم فاين هو من بيع العينة الصحيح المختلف فى كراهته ثم قال الكمال والذى فى قلبى انه اذا أخذ ثوبا بثمن من غير اقتراض ورد بعضا من الثمن وبيعه الغير من أخذ منه فلا كراهة فيه (قوله ولو زاد بامره قضى عليهما) قال الزيلعى وشارح المجمع ويرجع الكفيل بما قضى به عليه على الاصيل ولو كان أنكره خلافا لزفر (قوله ولو قال ان كان مخوفا الخ) وارد على ما قدمه بقوله ولا تصح بجهالة المكفول عنه

{فصل}

(قوله لمادين على آخر الى قوله كذا فى الوجيز) مستدرك بما قدمه بقوله وللشريك اذا بيع عبد صفقة مع زيادة على هذا والمسئلة فى الهداية الا أن قوله فلو قضى بحكم الضمان الخ لم يتقدم ذكره

(هى) لغة اسم بمعنى الاحالة وهى النقل مطلقا وشرعا (نقل الدين من ذمة الى ذمة) أى من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه وانما نصت بالدين لانها نقل شرعى والدين وصف شرعى يظهر أثره فى المطالبة فالنقل الشرعى جاز أن يؤثر فى الوصف الشرعى كما أن البيع الشرعى جاز أن يؤثر فى نقل الملك الذى هو وصف شرعى ويتبعه نقل العين الذى هو المبيع (المديون محيل والدائن محتال ومحتال له ومحال له) يعنى يطلق عليه هذه الالفاظ الاربعة فى الاصطلاح (ومن يقبلها) أى الحوالة (محتال عليه ومحال عليه) يعنى يطلق عليه أيضا هذان اللفظان (والمال محال به وشرط) لصحة الحوالة (رضا الكل) أما رضا الاول فلان ذوى المروآت قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلابد من رضاه وأما رضا الثانى وهو المحتال فلان فيها انتقال حقه الى ذمة أخرى والذمم متفاوتة فلابد من رضاه وأما رضا الثالث وهو المحتال عليه فلانها الزام الدين ولا لزوم بلا التزام (بلا خلاف الا فى الاول) حيث قال فى الزيادات الحوالة تصح بلا رضا المحيل لان التزام الدين من المحال عليه تصرف فى حق نفسه والمحيل لا يتضرر بل فيه نفعه لان المحال عليه لا يرجع اذا لم يكن بأمره (و) شرط (حضور الثانى) يعنى لا تصح الحوالة فى غيبة المحتال له (الا أن يقبل) أى الحوالة (فضولى له) أى لاجل الغائب كذا فى الخانية (لا حضور الباقيين) أما عدم اشتراط حضور الاول وهو المحيل فبأن يقول رجل للدائن لك على فلان ابن فلان ألف درهم فاحتل بها على فرضى الدائن فان الحوالة تصح حتى لا يكون له أن يرجع وأما عدم اشتراط حضور الثالث وهو المحتال عليه فبأن يحيل الدائن على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة كذا فى الخانية (واذا تمت) الحوالة (برئ المحيل) عن الدين بقبول المحتال والمحتال عليه لان معنى الحوالة النقل كما مر وهو يقتضى فراغ ذمة الاصيل لان من المحال بقاء الشئ الواحد فى محلين فى زمان واحد (ولا يرجع عليه المحتال الا بالتوى) لانها مقيدة بسلامة حقه له لانه المقصود فيرجع عند عدم السلامة وبين التوى بقوله (بموت المحال عليه مفلسا أو حلفه) حال كونه (منكر الحوالة ولا بينة عليها) لان العجز عن الوصول الى حقه يتحقق بكل منهما وهو التوى حقيقة وعندهما هذان وثالث وهو أن يحكم القاضى بافلاسه فى حياته (تصح) أى الحوالة (بالدراهم المودعة) يعنى اذا أودع رجلا ألف درهم وأحال به عليه آخر صح لانه أقدر على التسليم فكانت أولى بالجواز (و) تصح أيضا بالدراهم (المغصوبة) أى الدراهم التى غصبها المحتال من المحيل (وبالدين) الكائن للمحيل على المحتال عليه (وتبطل) أى

(قوله هى نقل الدين من ذمة الى ذمة) يرد عليه ما سيذكره من أنها تصح بالدراهم الوديعة اذ ليس فيها نقل الدين وكذا الغصب على القول بأن الواجب فيه رد العين والقيمة مخلص ودفع الايراد بأن الحوالة بالوديعة وكالة حقيقة (قوله والدائن محتال ومحتال له ومحال له) قال فى المعراج قولهم للمحتال المحتال له لغو لانه لا حاجة الى هذه الصلة اه (قوله يعنى يطلق عليه هذه الالفاظ الاربعة) بيان ذلك الثلاثة التى من مادة الاشتقاق والاصل أعنى الدائن ويزاد خامس قاله سعدى شلبى وهو حويل (قوله وشرط رضا الكل بلا خلاف الا فى الاول) هذا اذا لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين والا فان أراد خلافا مذهبيا أو أعم يرد عليه ما اختاره الجرجانى من أصحابنا رحمهم الله تعالى كما قاله الاتقانى عن مختصر الاسرار ان رضا المحتال عليه لا يشترط ان كان للمحيل عليه دين وبه قالت الائمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد كما فى النهاية وقال الزيلعى ومن شرائطها القبول وفيه خلاف أبى يوسف كما فى الكفالة (قوله حيث قال فى الزيادات الحوالة تصح بلا رضا المحيل) هو المختار كما فى المواهب (قوله واذا تمت الحوالة) أى بركنها وشرطها برئ المحيل من الدين وهو الصحيح وقالت طائفة أخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط وقال زفر لا يبرأ من المطالبة أيضا كما فى الفتح وثمرة الخلاف فى التبيين (قوله الا بالتوى) التوى التلف يقال منه توى بوزن علم وهو تو وتاو كذا فى الفتح وقال الاتقانى يتوى توا اذا تلف مقصور غير مهموز (قوله وبين التوى بقوله بموت المحتال عليه مفلسا) أى بأن لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا وهذا اذا ثبت موته مفلسا بتصادقهما فان اختلفا فيه فالقول للمحتال مع يمينه على العلم كما فى التبيين والعناية عن المبسوط والشافى وقال الكمال وفى شرح الناصحى القول للمحيل مع اليمين لانكاره عود الدين اه وفى الخلاصة الحوالة ولو لم يكن له كفيل ولكن رجل تبرع به ورهن به رهنا ثم مات المحتال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل ولو كان المرتهن مسلطا على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحتال عليه بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن اه ومثل حكم التبرع بالرهن ما لو استعار المطلوب شيأ ورهنه عند الطالب ثم مات مفلسا كما فى الخانية

الحوالة (بهلاك الاولى) أى الوديعة لتقيد الكفالة بها لانه ما التزم الاداء الا منها (أو استحقاقها) لانه كهلاكها (ويبرأ المودع) ويعود الدين على المحيل (و) تبطل ايضا (باستحقاق الثانية) أى الدراهم المغصوبة لعدم ما يخلفها (ويبرأ الغاصب) ويعود الدين (لا بهلاكها) أى لا تبطل الحوالة بهلاك الثانية (اذا كان فيه) أى فى هلاكه (وفاء) أى ما يفى بمال الحوالة ويكون الضمان قائما مقام المغصوبة (وفيها) أى فى هذه الصور المعدودة (لا يطالب المحيل المحتال عليه) بالعين أو الدين اللذين قيدت الحوالة بهما لتعلق حق المحتال له بهما (ولا يقدر المحتال عليه أن يدفعها الى المحيل) يعنى كما لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لا يملك المحتال عليه أن يدفعها الى المحيل حتى لو دفع صار ضامنا للمحتال له لانه استهلك ما تعلق به حق المحتال له (مع أن المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته) يعنى أن هذه الاموال اذا تعلق بها حق المحتال كان ينبغى أن لا يكون المحتال أسوة لغرماء المحيل بعد موته كما فى الرهن مع انه اسوة لهم لان العين الذى بيد المحال عليه للمحيل والدين الذى له عليه لم يصر مملوكا للمحتال بعقد الحوالة لا يدا وهو ظاهر ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك بل للنقل فيكون بين الغرماء وأما المرتهن فملك المرهون يدا وحبسا فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه (بخلاف) الحوالة (المطلقة) اعلم ان الحوالة اما مطلقة أو مقيدة أما المطلقة فهى ان يرسلها ارسالا لا يقيدها بدين له على المحال عليه ولا بعين له فى يده أو يحيله على رجل ليس له عليه دين ولا فى يده عين له وأما المقيدة فهى أن يكون للمحيل مال عند المحتال عليه من وديعة أو غصب أو عليه دين فقال أحلت الطالب عليك بالالف الذى له على على ان تؤديها من المال الذى لى عليك وقبل المحتال عليه فلما بين حكم المقيدة أراد أن يبين حكم المطلقة بانه مخالف له حيث يطالب فيها المحيل المحتال عليه بالعين أو الدين (ويقدر المحتال عليه أن يدفعها الى المحيل) اذ لا تعلق لحق المحال بما عنده أو عليه بل حقه فى ذمة المحتال عليه وفى ذمته سعة (لا تبطل بأخذ ما عنده) من العين كالمغصوب والوديعة (أو عليه) من الدين سواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة أما الاول فلان الاطلاق ينافى تعلق الحق بخصوصيات ما عنده أو عليه والمبطل تعلقه وأما الثانى فلان المحيل ليس له حق الاخذ من المحتال فان دفع اليه المحتال عليه فقد دفع ما تعلق به حق المحتال فيضمن المحتال عليه (لا يقبل قول المحيل أحلت بدين لى عليك للمحتال عليه اذا طلب مثل ما أحال) يعنى رجل أحال رجلا على آخر بالف فدفعه المحتال عليه الى المحتال ثم طلب الدافع الالف من المحيل فقال المحيل أحلت بالف كان لى عليك والمحتال عليه أنكره فالقول له لا للمحيل ولا يكون الاقرار من المحتال عليه بالحوالة اقرارا منه بالدين عليه ولا قبوله الحوالة دليلا على ان عليه دينا لان الحوالة تصح وان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين (و) لا (قول المحتال للمحيل) اذا طلبه (أحلتنى بدين لى عليك) يعنى اذا قال المحيل للمحتال أعطنى ما قبضته من فلان فانى أحلتك لتقبضه لى وكنت وكيلى فى قبضه فقال المحتال أحلتنى بدين لى

(قوله لتقيد الكفالة بها) صوابه الحوالة (قوله لا بهلاكها أى لا تبطل الحوالة بهلاك الثانية اذا كان فيه أى فى هلاكه وفاء) فى التقييد نظر لان المغصوب مضمون بمثله اذا هلك مثليا والدراهم مثلية فعليه مثلها والصورة مفروضة فيما اذا أحال بما غصبه من الدراهم فاذا هلكت المثل موجود وبه وفاء بمال الحوالة (قوله وفيها لا يطالب المحيل المحتال عليه) أى ما دامت الحوالة ولو أبرأ المحتال المحتال عليه عن الدين أخذ المحيل ما كان عنده من الدين والعين كالمرتهن اذا أبرأ الراهن يرجع برهنه ولو وهبه له ليس له ان يرجع بدينه لان المحال عليه ملكه بالهبة وكذا اذا ورثه كما فى التبيين والخلاصة والفتح (قوله والدين الذى له) الضمير فيه للمحيل (قوله على المحيل) صوابه المحتال عليه (قوله بخلاف الحوالة المطلقة) متعلق بقوله مع ان المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته فالمعنى انه لا مشاركة لغرماء المحيل المحتال فى الذى احيل به مطلقا من غير كونه مقيدا بدين له على المحال عليه (قوله او يحيله على رجل ليس له عليه دين) صوابه بأن يحيله لانه بيان لصورة المرسلة لا قسم آخر منها لانه ليس مباينا لما سبق من قوله ان يرسلها ارسالا لا يقيدها بدين له على المحتال عليه ولا بعين له فى يده (قوله لا تبطل بأخذ ما عنده الخ) حكم مبتدأ ليس متعلقا بقوله بخلاف المطلقة

علیك فالقول للمحیل لان المحتال یدعی علیه الدین وهو منكر فالقول للمنكر ولا یكون الاقرار من المحیل بالحوالة واقدامه علیها اقرارا منه بان علیه دینا للمحتال لان لفظ الحوالة قلما یستعمل فی الوكالة (یجبر المحتال اذا ادی المحیل فلم یقبل) لاحتمال عود المطالبة الی المحیل بالتوی (احال غریمه علی رجل علی ان یعطیه من ثمن داره) ای دار المحتال علیه (فقبل صحت) الحوالة لانه احال بما یقدر علی ایفائه لانه یملك بیعها (ولا یجبر علی البیع) لعدم وجوب الاداء قبل البیع (ولو باع یجبر علی الاداء) لتحقق الوجوب (ولو احال علی ان یعطی من ثمن دار المحیل لا) ای لا تصح لانه لا یقدر علی بیعها (الا اذا امره بالبیع) فحینئذ تصح لوجود القدرة علی البیع والاداء (باع بشرط ان یحیل علی المشتری بالثمن غریما له) ای للبائع (بطل) البیع لانه شرط لا یقتضیه العقد وفیه نفع للبائع (ولو باع بشرط أن یحتال بالثمن صح) لانه یؤكد موجب العقد اذ الحوالة فی العادة تكون علی الاملاء والاحسن قضاء فصار كشرط الجودة (كره السفتجة) هی بضم السین وفتح التاء واحدة السفاتج تعریب سفته وهی شیء محكم ویسمی هذا القرض به لاحكام امره وصورته ان یدفع الی تاجر مبلغا قرضا لیدفعه الی صدیقه فی بلد آخر لیستفید به سقوط خطر الطریق

﴿ كتاب المضاربة ﴾

وجه المناسبة بین الكتابین وجود معنی نقل المال فی الحوالة والمضاربة فی الجملة (هی) لغة مفاعلة من الضرب فی الارض وهو السیر فیها سمی هذا العقد بها لان المضارب یسیر فی الارض غالبا لطلب الربح وشرعا (عقد شركة فی الربح بمال من رجل وعمل من آخر وركنها الایجاب) بان یقول رب المال دفعت هذا المال الیك مضاربة او معاملة او خذ هذا المال الیك واعمل به علی ان ما رزق الله تعالی بیننا نصفان او نحو ذلك من الفاظ تثبت بها المضاربة (والقبول) بان یقول المضارب قبلت ونحوه (وحكمها انواع) الاول انها (ایداع اولا) لانه قبض المال باذن مالكه لا علی وجه المبادلة والوثیقة بخلاف المقبوض علی سوم الشراء لانه قبضه بدلا وبخلاف الرهن لانه قبضه وثیقة (وتوكیل عند عمله) لانه یتصرف فیه له بامره حتی یرجع بما لحقه من العهدة علی رب المال (وشركة ان ربح) لانه یحصل بالمال والعمل فیشتركان فیه (وغصب ان خالف) لتعدیه علی مال غیره فیكون ضامنا (ولو) وصلیة (اجاز بعده) ای المضارب اذا اشتری ما نهی عنه ثم باعه وتصرف فیه ثم اجاز رب المال لم یجز وكذلك المستبضع (واجارة فاسدة ان فسدت) فان الواجب للمضارب فیه اجر المثل كالاجارة الفاسدة وهو بدل عمله لانه لا یستحق المسمی لعدم الصحة ولم یرض بالعمل مجانا فیجب اجر المثل (فلا ربح حینئذ) لانه یكون فی المضاربة الصحیحة ولما فسدت صارت اجارة (بل اجر عمله)

(قوله یجبر المحتال اذا ادی المحیل فلم یقبل) قرضه اقاضی یخان فیما اذا كانت الحوالة مطلقة فقال ولو كانت الحوالة مطلقة ثم ان المحیل قضی دین المحتال له یجبر المحتال له علی القبول ولا یكون المحیل متبرعا اه (قوله وصورته الخ) كذا فی النهایة ثم قال وقیل هو ان یقرض انسانا مالا لیقضیه المستقرض فی بلد یریده المقرض وانما یدفعه علی سبیل القرض لا علی سبیل الامانة لیستفید به سقوط خطر الطریق وهو نوع نفع استفید بالقرض وقد نهی رسول الله صلی الله علیه وسلم عن قرض جر نفعا وقیل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة واما اذا لم تكن فلا بأس بذلك اه وقال الكمال وفی الفتاوی الصغری وغیرها ان كان السفتج مشروطا فی القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم یكن مشروطا جاز وصورة الشرط ما فی الواقعات رجل اقرض رجلا علی ان یكتب له بها الی بلد كذا فانه لا یجوز وان اقرضه بغیر شرط وكتب جاز ثم قالوا انما یحل عند عدم الشرط اذا لم یكن فیه عرف ظاهر فان كان یعرف ان ذلك یفعل كذلك فلا اه

﴿ كتاب المضاربة ﴾

(قوله بخلاف المقبوض علی سوم الشراء) یعنی وقد سمی ثمن (قوله بل اجر عمله مطلقا ای سواء ربح اولا) اقول هذا ای وجوب الاجر مطلقا روایة الاصل كما فی التبیین وجعله فی شرح المجمع قول محمد حیث قال فیحكم به ای ابو یوسف باجر المثل ان ربح والا فلا لانه اذا لم یربح فی المضاربة الصحیحة لم یستحق شیأ ففی الفاسدة و[illegible] ابو یوسف ایضا مجاوزة المشروط ای ما شرط للمضارب وخالفه فیهما ای قال محمد یجب الاجر وان لم یربح بالغا ما بلغ اه لكن ما جزم به فی المجمع بقوله فیحكم به ابو یوسف قال فیه الزیلعی وعن ابی یوسف الخ اه وقال فی الخلاصة مثل ما فی المجمع وللعامل اجر مثل عمله ربح او لم یربح اطلق اجر المثل فی الاصل لكن هذا قول محمد رحمه الله انه یجب بالغا ما بلغ وعند ابی یوسف لا یجاوز المسمی

كما هو حكم الاجارة الفاسدة (مطلقا) أى سواء ربح أولا (بلا زيادة على المشروط) كما هو حكم الاجارة الفاسدة وقد مر (ولا ضمان فيها) أى فى المضاربة الفاسدة (كالصحيحة) لانه أمين فلا يكون ضمينا (وأما دفع المال الى آخر وشرط الربح للمالك فبضاعة و) شرطه (للعامل فقرض) وانما غير أسلوب الوقاية حيث لم يعد البضاعة والقرض فى سلك الايداع وغيره لما يرد عليه من قول صدر الشريعة ان المضاربة اذا كانت عقد شركة فى الربح فكيف تكون بضاعة أو قرضا (وشرطها ستة) الاول (كون رأس المال من الاثمان فلا تصح الاعمال تصح به الشركة) لانها تصير شركة بحصول الربح فلا بد من مال تصح به الشركة وهو الدراهم والدنانير والتبر والفلوس النافقة كما سيأتى (ولو دفع اليه عرضا وأمر ببيعه وعمل مضاربة فى ثمنه فقبل صح) لانه لم يضف المضاربة الى العرض بل الى ثمنه وهو مما تصح به المضاربة والاضافة الى المستقبل تجوز لانها وكالة أو وديعة أو اجارة فلا يمنع شئ منها الاضافة اليه (و) الثانى (كونه عينا لا دينا) لان المضارب أمين ابتداء ولا يتصور كونه أمينا فيما عليه من الدين (فلو قال اعمل بالدين الذى فى ذمتك مضاربة بالنصف لم يجز بخلاف ما لو كان له دين على ثالث فقال اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة) حيث يجوز لانه أضاف المضاربة الى زمان القبض والدين فيه يصير عينا وهو يصلح أن يكون رأس المال (و) الثالث (تسليمه الى المضارب) حتى لا يبقى لرب المال فيه يد لان المال يكون أمانة عنده فلا يتم الا بالتسليم اليه كالوديعة بخلاف الشركة لان المال فى المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه وأما العمل فى الشركة فمن الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة لانتفاء شرطها وهو العمل منهما (فشرط العمل على رب المال يفسدها) أى ان شرطا ان يعمل المالك مع المضارب فسدت المضاربة لان هذا شرط يمنع من تسليم المال الى المضارب والتخلية بين المال والمضارب شرط صحة العقد فما يأباه كان مفسدا ضرورة (و) الرابع (كون رأس المال معلوما) لئلا يقعا فى المنازعة (تسمية) بان يعقدا على قدر معين من مال تصح به الشركة (أو اشارة) كما اذا دفع مضاربة الى رجل دراهم لا يعرف قدرها فانه يجوز ويكون القول فى قدرها وصفتها للمضارب مع يمينه والبينة للمالك (و) الخامس (كون نصيب المضارب من الربح معلوما عنده) أى عند العقد لان الربح هو المعقود عليه وجهالته توجب فساد العقد (و) السادس (شيوع الربح بينهما بحيث لا يستحق أحدهما دراهم مسماة) لقطعه الشركة فى الربح لاحتمال ان لا يحصل من الربح الا قدر ما شرط له واذا انتفى الشركة فى الربح لا تتحقق المضاربة لانها اجوزت بخلاف القياس بالنص بطريق الشركة فى الربح فيقتصر على مورد النص (فتفسد بشرط زيادة قدر معين لاحدهما) فله أجر مثله لانه لم يرض بالعمل مجانا ولا سبيل الى المسمى المشروط للفساد فصار الى أجر المثل ضرورة والربح لرب المال لانه نماء ملكه (كذا) أى يفسد المضاربة (كل شرط يوجب جهالة الربح) كما لو قال لك نصف الربح أو ثلثه

(قوله بلا زيادة على المشروط) هذا قول أبى يوسف كما ذكرناه فمشى فى وجوب الاجر مطلقا على قول محمد ولم يأخذ بقوله فى مجاوزة المسمى بل أخذ فيه بقول أبى يوسف حيث مشى على عدم مجاوزته المشروط ولم يمش على قول أبى يوسف بعدم لزوم الاجر اذا لم يربح اهـ (قوله ولو دفع اليه عرضا وأمر ببيعه وعمل مضاربة فى ثمنه فقبل صح) كذا قاله الزيلعى ثم قال ولو دفع اليه العرض على أن قيمته الف درهم مثلا ويكون ذلك رأس المال فهو باطل اهـ (قوله والرابع كون رأس المال معلوما) لا يرد عليه ما تقدم من أنه لو دفع اليه عرضا وأمر ببيعه لان الثمن المجهول رأس المال معلوم عند القبض وقد أضيف اليه فلا تضر جهالته عند العقد (قوله كذا أى يفسد المضاربة كل شرط يوجب جهالة الربح كما لو قال لك نصف الربح أو ثلثه أو ربعه الخ) لا يشكل بما ان من شرط صحتها كون الربح مشاعا ولا شك ان قوله نصف الربح أو ثلثه مشاع لان المراد من قوله لك نصف الربح أو ثلثه أو ربعه الترديد فى الربح وهو يوجب الجهالة والمسئلة فى شرح الكنز لمسكين

أو ربعه لما مر ان الربح هو المعقود عليه فجهالته تفسد العقد (وغيره لا) أي غير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسد المضاربة (بل يبطل الشرط كاشتراط الخسران على المضارب) لانه اجزء هالك من المال فلا يجوز ان يلزم غير رب المال لكنه شرط زائد لا يوجب قطع الشركة في الربح والجهالة فيه فلا يفسد المضاربة لانها لا تفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة ولان صحتها تتوقف على القبض فلا تبطل بالشرط كالهبة (واذا صحت فله) أي للمضارب (في مطلقها) وهو ما لم يقيد بمكان أو زمان أو نوع من التجارة نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد عليه (البيع مطلقا) أي بنقد ونسيئة (الا باجل لم يعهد) عند التجار كعشرين سنة (و) له أيضا (الشراء والتوكيل بهما) أي بالبيع والشراء (والسفر والابضاع) وهو دفع المال بضاعة (ولو لرب المال) وسيأتي انه لا يبطل المضاربة (والايداع والرهن والارتهان والاستئجار والاحتيال) أي قبول الحوالة (بالثمن مطلقا) أي على الايسر والاعسر لان كل ذلك من صنيع التجار (لا المضاربة) عطف على البيع في قوله فله في مطلقها البيع أي ليس له فيه أن يضارب مع الاجنبي (الا باذنه أو باعمل برأيك) لان الشئ لا يستتبع مثله لاستوائهما في القوة كالوكيل لا يملك التوكيل بخلاف المستعير والمكاتب لانهما يملكان الاعارة والكتابة لان الكلام في التصرف نيابة وهما يتصرفان بحكم المالكية لا النيابة اذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حرا يدا والمضارب يعمل بطريق النيابة فلابد من التصريح به او التفويض العام اليه والايداع والابضاع دون المضاربة فتضمنها (ولا يفيدان) أي الاذن واعمل برأيك (في الاقراض والاستدانة) نحو ان يشتري باكثر من مال المضاربة (بل يجب التصريح بهما) لانهما ليسا من صنيع التجار ولا يحصل بهما الغرض وهو الربح أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول وفرع على الاستدانة بقوله (فلو شرى بمالها) أي المضاربة (ثوبا وقصر بالماء أو حمل) متاع المضاربة من موضع الى آخر (بماله لا بمالها) بعد ذلك القول كان متطوعا) لانه استدان في حق المالك بلا اذنه وانما قال بالماء لانه اذا قصر بالنشا فحكمه حكم الصبغ (وان صبغه أحمر شرك بما زاد ودخل في اعمل برأيك) انما قال أحمر لانه ان صبغه اسود لم يدخل تحت اعمل برأيك عند أبي حنيفة لما مر ان السواد عيب عنده بخلاف سائر الالوان (كالخلط) أي خلط مال المضاربة بماله نفسه (فلا يضمن) أي اذا دخل في اعمل برأيك لا يضمن المضارب (بهما) أي بصبغه أحمر وبالخلط لانه فعل ما فعل باذنه (وله حصة صبغه ان بيع وحصة الثوب في مالها) يعني يصير المضارب شريكا في الثوب بقدر ماله من الصبغ فاذا بيع الثوب كان حصة قيمة الصبغ في الثوب للمضارب وحصة الثوب الابيض من مال المضاربة (ولا تجاوز) عطف على قوله لا المضاربة أي ليس له في مطلقها تجاوز (بلد أو سلعة أو وقت أو شخص عينه المالك) لانه لم يملك التصرف الا بتفويضه فيتقيد بما فوض اليه وهذا التقييد مفيد لان التجارات تختلف باختلاف الامكنة والامتعة والاوقات والاشخاص وكذا ليس

له

اما ان يدفعه بضاعة الى من يخرجه من تلك البلدة لانه لا يمكن ان يتصرف بنفسه
فى هذا المال فى غير هذا البلد فلا يمكن ان يستعين بغيره أيضا (فان تجاوز) بان
خرج الى غير ذلك البلد فاشترى او اشترى سلعة غير ما عينه او فى وقت غير ما عينه
او بايع مع غير من عينه (ضمن) وكان ذلك له (وله ربحه وعليه خسرانه) لانه
تصرف فى مال غيره بغير أمره وان لم يتصرف فيه حتى رده الى البلد الذى عينه برئ
من الضمان لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق ورجع المال مضاربة على حاله
لان المال باق فى يده بالعقد السابق (ولا) اى ليس له أيضا (تزويج قن من
مالهما) وعن أبى يوسف أنه يزوج الامة لانه من الاكتساب اذ يستفيد به المهر
وسقوط النفقة من مال المضاربة ولهما انه ليس من التجارة والعقد لا يتضمن الا
التوكيل بالتجارة فلا يملكه وان كان اكتسابا كالكتابة والاعتاق على ضعف
قيمته (ولا شراء من يعتق على رب المال) بقرابة أو يمين بان قال ان ملكته فهو حر
لان المضاربة اذن بتصرف يحصل به الربح وهذا انما يكون بشراء ما يمكنه بيعه
وهذا ليس كذلك (ولا من يعتق عليه) اى المضارب (ان كان فى المال ربح) لان
نصيبه يعتق عليه فيفسد نصيب رب المال (فان فعل) اى اشترى من يعتق على
واحد منهما (صار) اى شراؤه (لنفسه) دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا
على المشترى ينفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف (وان لم يكن ربح صح) اى
شراء من يعتق عليه لانتفاء المفسد (فان ظهر) اى الربح (بزيادة قيمته بعد الشراء
عتق حظه) اى المضارب من العبد لانه ملك قريبه (ولم يضمن) للمالك (شيأ)
لانه انما عتق عند الملك لا بصنع منه بل بسبب زيادة قيمته بلا اختيار فصار كما لو
ورثه مع غيره بان اشترت امرأة ابن زوجها ثم ماتت وتركت هذا الزوج وانما عتق
نصيب الزوج ولم يضمن شيأ لانعدام الصنع منه (وسعى العبد فى قيمة نصيب
المالك) من العبد لاحتباس ماليته عنده (معه) اى مع المضارب (ألف بالنصف
فاشترى به امة قيمتها ألف) فوطئها (فولدت) ولدا (مساويا ألفا فادعاه) حال
كونه (موسرا فبلغت قيمته ألفا وخمسمائة سعى للمالك بألف وربعه أو اعتقه) اى
ان شاء المالك استسعى الغلام فى ألف ومائتين وخمسين وان شاء أعتقه (فان
قبض) اى المالك (الالف) من الغلام (ضمن المدعى نصف قيمتها) اى الامة
وذلك لان دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه يحمل على انه ولده من
النكاح بان زوجها البائع له ثم باعها منه وهى حبلى منه حملا لامره على الصلاح
لكن لا تنفذ هذه الدعوة لعدم الملك وهو شرط فيها اذ كل واحد من الجارية
وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف ان مال المضاربة اذا
صارت أجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عندنا
لان بعضها ليس باولى به من البعض فحينئذ لم يكن للمضارب نصيب فى الامة ولا فى
الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا تنفذ دعوته فاذا زادت قيمته وصارت
ألفا وخمسمائة ظهر الربح فملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته لوجود
شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا أعتق الولد ثم ظهر الربح حيث لا ينفذ اعتاقه

السابق لانه انشاء فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعده بحدوثه واما الدعوة فاخبار فاذا ارد في حق غيره فهو باق في حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته كما اذا اخبر بحرية عبد لغيره برد اخباره فاذا ملكه بعد ذلك صار حرا

﴿باب * ضارب بلا اذن﴾

أي دفع المضارب المال الى غيره مضاربة بلا اذن المالك (لم يضمن) بالدفع (مالم يعمل الثاني) واذا عمل ضمن الدافع ربح الثاني أوّلا وهو قولهما وظاهر الرواية عنه (وفي رواية) لم يضمن (مالم يربح) وهو رواية الحسن عنه لانه يملك الابضاع فلا يضمن بالعمل مالم يربح فاذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فيصير كخلط ماله بغيره فيجب الضمان وجه ظاهر الرواية أن الربح انما يحصل بالعمل فيقام سبب حصول الربح مقام حقيقة حصوله في صيرورة المال مضمونا به وهذا اذا كانت المضاربة الثانية صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمن الاوّل وان عمل الثاني لانه أجير فيه والاجير لا يستحق شيأ من الربح فلا تثبت الشركة له بل له أجر مثله على المضارب الاول وللاول ما شرط له من الربح (وان اذن) اى المالك (فدفع بالثلث وتصرف الثاني وربح وقيل له ما رزق الله فبيننا نصفان) يعني بعد ما دفع اليه رب المال المال مضاربة بالنصف واذن له بأن يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وتصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على ان ما رزق الله تعالى فبيننا نصفان (فللمالك النصف وللاوّل السدس وللثاني الثلث) لان دفع الاول الى الثاني مضاربة صحيح حيث كان باذن المالك الا أن المالك شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله وما رزق الله جميع الربح فكان له نصف جميع الربح فلا يكون للمضارب الاول ان يوجب شيأ من ذلك لغيره بل ما أوجبه للثاني وهو ثلث الربح ينصرف الى نصيبه خاصة فيبقى له السدس ويطيب لهما ذلك لان عمل الثاني وقع له كمن استأجر رجلا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الخياط من يخيطه بنصف درهم طاب للاول الفضل كذا هذا (ولو قيل ما رزقك الله) فهو بيننا نصفان (فلكل ثلثه) اى للمضارب الثاني الثلث والثلثان بين المضارب الاوّل وبين المالك نصفان لان المالك ما شرط لنفسه نصف جميع الربح بل نصف ما يحصل للاول من الربح فاستحق الثاني جميع ما شرط له وما وراء ذلك جميع ما حصل للمضارب الاول والمالك شرط لنفسه نصف ذلك ولذا كان الباقي بينهما (ولو قيل ما ربحت) من شئ فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف (فللثاني نصف ولهما) اى للاول والمالك (نصف) لان الاول شرط للثاني نصف الربح وهو مأذون فيه من جهة المالك فاستحقه والمالك شرط لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الاوّل الا النصف فكان بينهما (ولو قيل

(باب ضارب بلا اذن) (قوله فاذا ربح فقد اثبت شركة له في المال فيصير كخلط ماله بغيره فيجب الضمان) ظاهره لزوم الضمان على المضارب الاول وقال في العناية قوله ثم ذكر في الكتاب يعني القدوري يضمن الاول ولم يذكر الثاني قيل اختيارا منه لقول من قال من المشايخ ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع ومنهم من يقول رب المال بالخيار بين تضمين الاول والثاني في هذه المسئلة باجماع اصحابنا وهذا القول هو المشهور من المذهب ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة يعني بين الاول والثاني والربح بينهما على ما شرطا لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع وان ضمن الثاني رجع على الاول بما ضمن وصحت المضاربة الثانية والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاول اه قلت ولا يطيب الربح للاول ايضا لو ضمن كما في شرح المجمع اه (قوله وهذا) يعني وجوب الضمان على الاول على ما قال أو عليهما بالربح او بالعمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة الثانية صحيحة عدل به عن قول الزيلعي وهذا اذا كانت المضاربتان صحيحتين وعن اطلاق قول الهداية وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة اه لان صحة الثانية فرع عن صحة الاولى فلا تصح الا اذا كانت الاولى صحيحة فاشتراط صحة الثانية اشتراط لصحة الاولى (قوله فان دفع الثاني الى الثالث مضاربة) المراد بالثاني المضارب الاول وبالثالث الثاني وسماهما ثانيا وثالثا بالنظر لرب المال (قوله ويطيب لهما ذلك) لان عمل الثاني وقع له ضمير التثنية للمضاربين والضمير في له يصح أن يرجع للمضارب الاول لتشبيهه بمسئلة الخياط ولكن بهذا التعليل لا يعلم صريحا مابه يطيب نصيب الثاني فكان الاولى ان يقول كالزيلعي لان عمل الثاني وقع عنهما ولم يذكر وجه طيب ما للمالك لانه نماء ملكه وهو ظاهر ما (قوله ولو قيل ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فلكل ثلثه) انما قال فلكل ثلثه لاجل الاختصار والانسب أن يقال فللثاني ثلثه وما بقي فلمن بقي منصفا محافظة على لفظ التنصيف المشترط بينهما

مارزق الله فلى نصف أو قال ما فضل فبيني وبينك نصفان) وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف (فنصف للمالك ونصف للثانى ولا شئ للاول) لان المالك شرط لنفسه نصف جميع الربح فانصرف شرط الاول النصف للثانى الى نصيبه فيكون للثانى بالشرط ولا شئ للاول لانه جعل ما كان له للاول كمن استأجر أجيرا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستأجر الاجير من يخيطه له بدرهم فانه لا يسلم للاول شئ حيث عقد على جميع حقه (ولو شرط للثانى ثلثيه) أى للمضارب الثانى ثلثى الربح (فللمالك و) المضارب (الثانى النصفان ويضمن) المضارب (الاول للثانى السدس) من الربح لانه شرط للثانى شيأ هو مستحق للمالك وهو السدس فلم ينفذ فى حق المالك ووجب عليه الضمان بالتسمية لانه التزم السلامة فاذا لم يسلم رجع عليه كمن استأجر رجلا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستأجر الاجير رجلا آخر ليخيطه بدرهم ونصف فانه يضمن له زيادة الاجر (صح شرطه للمالك ثلثا ولعبده) أى عبد المالك (ثلثا ليعمل معه) أى مع المضارب (ولنفسه ثلثا) لان اشتراط العمل على العبد لا يمنع التخلية والتسليم لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولذا لا يلى المولى لأخذ ما أودعه العبد وان كان محجورا عليه واذا لم يمنع التخلية لم يمنع الصحة ولا كذلك اشتراط العمل على المالك لانه يمنع التخلية فيمنع الصحة واذا صحت كان ثلث الربح للمضارب لان المشروط له هذا القدر والثلثان للمالك ان لم يكن على العبد دين لان ما شرط للعبد فلسيده وان كان عليه دين فللغرماء (تبطل) أى المضاربة (بموت أحدهما) أى المالك والمضارب لانها توكيل وموت الوكيل أو الموكل يبطل الوكالة (ولحوق المالك) بدار الحرب (مرتدا) وحكم القاضى به لانه كالموت (لا) لحوق (المضارب) بها لان تصرفاته انما توقفت بالنظر الى ملكه ولا ملك له فى مال المضاربة وله عبارة صحيحة فلا توقف فى ملك المالك فبقيت المضاربة على حالها (ولا تبطل بالدفع الى المالك بضاعة أو مضاربة) فان قيل ينبغى أن يكون الابضاع للمالك مفسدا للعقد لان الربح حينئذ يكون للمالك وقد اعتبر فى مفهومه الشركة فى الربح وشرط كونه مشاعا بينهما قلنا العقد اذا صح ابتداء باعتبار شيوع الربح بينهما لا يبطل بتخصيص أحدهما بالربح وعند زفر يبطل (وينعزل) أى المضارب (بعزله) أى بعزل المالك اياه (ان علم عزله) لانه وكيل من جهته فيشترط علمه بعزله كما مر فى الوكالة (واذا علم والمال عروض يبيعها) ولا ينعزل عنه لان له حقا فى الربح ولا يظهر ذلك الا بالنقد فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك (ولا يتصرف فى ثمنها) لان البيع بعد العزل كان للضرورة ليظهر الربح ولا حاجة اليه

(قوله ولا شئ للاول) لانه جعل ما كان له للاول اه صوابه للثانى (قوله صح شرطه للمالك ثلثا ولعبده) أى عبد المالك ثلثا ليعمل) وعمل العبد ليس شرط الصحة اذ لو شرط له الثلث من غير اشتراط عمله صح ويكون لمولاه لكن فائدة اشتراط عمله تظهر فى أخذ غرمائه ما شرط له حينئذ والا فليس لهم ذلك كما سنذكره (قوله فان كان عليه دين فللغرماء) هذا اذا شرط عمل العبد مع المضارب كما ذكره وان لم يشترط عمله فهو للمولى ولو شرط الثلث لعبد المضارب صح سواء اشترط عمله أو لم يشترطا ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان شرط عمله جاز وكان المشروط لغرمائه وان لم يشترط عمله لا يجوز ويكون ما شرط له لرب المال عند أبى حنيفة خلافا لهما بناء على ملك كسب المديون كما فى التبيين (قوله تبطل بموت أحدهما) قال قاضيخان سواء علم المضارب بموت رب المال أو لم يعلم اه وفى البزازية وان مات رب المال والمال نقد بطلت المضاربة فى حق التصرف وان عروضا فى حق المسافرة تبطل لا فى حق التصرف فيملك بيعه بالعرض والنقد ولو أتى مصرا واشترى شيأ فمات رب المال وهو لا يعلم فأتى بالمتاع مصرا آخر فنفقة المضارب فى مال نفسه وهو ضامن لما هلك به فى الطريق فان سلم المتاع جاز بيعه لبقائها فى حق البيع ولو خرج من ذلك المصر قبل موت رب المال ثم مات لم يضمن ونفقته فى سفره اه وقول البزازى فأتى بالمتاع مصرا يعنى غير مصر رب المال لما قال قبله ولو أخرجه يعنى بعد موت رب المال الى مصر رب المال لا يضمن لانه يجب عليه تسليمه فيه اه ولما قال قاضيخان ولو خرج المضارب بعد ما مات رب المال الى مصر رب المال لا يضمن استحسانا اه (قوله ولحوق المالك بدار الحرب مرتدا وحكم القاضى به) قال فى العناية يعنى اذا لم يعد مسلما أما اذا عاد مسلما قبل القضاء أو بعده كانت المضاربة كما كانت أما قبل القضاء فلانه بمنزلة الغيبة وهى لا توجب بطلان المضاربة وأما بعده فلحق المضارب كما لو مات حقيقة اه والضمير فى مات للمالك كما هو ظاهر (قوله فان قيل ينبغى أن يكون الابضاع للمالك مفسدا للعقد لان الربح حينئذ يكون للمالك) ليس المراد ما يوهمه ظاهر العبارة من اختصاص المالك بالربح بل يقسم بينهما على ما شرطاه (قوله واذا علم والمال عروض يبيعها) أطلق فشمل بيعه بالنقد والنسيئة حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه كما فى العناية

بعد النقد (ولا في نقد من جنس رأس المال) لانه معزول في حقه (ويبدل به خلافه) أي اذا عزله والمال نقود لكن من خلاف جنس رأس المال فليس له ان يبيعه بجنس رأس المال قياسا لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية وفي الاستحسان له ذلك لان الواجب على المضارب ان يرد مثل رأس المال وانما يتحقق ذلك برد جنسه فكان له بيعه ضرورة (افترقا) أي المضارب والمالك (وفي المال دين وربح لزمه) أي المضارب (طلبه) لانه كالاجير والربح كالاجرة وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام عمله كما في الاجارة المحضة (كالدلال) فانه يعمل بالاجرة (والسمسار) هو الذي تجلب اليه العروض والحيوانات ليبيعها باجر من غير ان يستأجر فهو أيضا يعمل بالاجرة ويجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجبران على طلب الثمن (وبلا ربح لا) أي ان لم يكن في المال ربح لم يلزم المضارب طلبه لانه وكيل محض ومتبرع ولا جبر على المتبرع (ويوكل) أي المضارب (المالك به) أي بالطلب لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد والمالك ليس بعاقد فلا يتمكن من الطلب الا بتوكيله فيؤمر بالتوكيل لئلا يضيع حقه (كذا سائر الوكلاء) أي كل وكيل بالبيع اذا امتنع عن التقاضي لا يجبر عليه بل يجبر على ان يحيل صاحب المال ولا يضيع حقه (الهالك من الربح) يعني ان ما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال والهالك يصرف الى التبع لا الاصل كما يصرف الهالك في مال الزكاة الى العفو لا النصاب (فان زاد لم يضمن) أي ان زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب لانه أمين فلا يكون ضمينا (قسم الربح والعقد باق وهلك المال او بعضه ترادا الربح ليأخذ رأس ماله) يعني اقتسما الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال او بعضه ترادا الربح ليأخذ المالك رأس ماله لان الاصل ان القسمة لا تصح حتى يستوفي المالك رأس ماله لان الربح زيادة على الاصل وهي لا تكون الا بعد سلامة الاصل فاذا هلك ما في يد المضارب أمانة ظهر ان ما أخذه من رأس المال فيضمن المضارب ما أخذه لانه أخذه لنفسه وما أخذه المالك محسوب من رأس المال واذا استوفى رأس المال (فما فضل يقسم بينهما) لانه ربح (وما نقص لم يضمن) المضارب لانه أمين (وان) اقتسما الربح و(فسخاها) أي المضاربة (ثم عقدا) عقدا آخر (فهلك المال لم يترادا) الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في العقد الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما لو دفع اليه مالا آخر (نفقة مضارب في الحضر) مبتدأ (من ماله) خبره (كدوائه) فانه اذا مرض كان دواؤه من ماله سواء كان في السفر او الحضر لانه لم يحتبس بمال المضاربة فلا يجب به النفقة فيه بل هو ساكن بالسكنى الاصلي ووجوب النفقة على الغير بسبب الاحتباس به فلم يوجد فكانت في ماله (وفي السفر طعامه وشرابه وكسوته وأجرة خادمه وغسل ثيابه والدهن اذا احتيج اليه وركوبه كراء او شراء وعلفه من مالها) أي مال المضاربة فانه اذا سافر صار محبوسا بالعمل للمضاربة فوجبت النفقة في مالها لاجل الاحتباس به (بالمعروف) أي غير زائد على الحاجة الاصلية ولا ناقص عنها (وضمن الزائد) على المعروف (ورد الباقي) من الطعام

(قوله من غير ان يستأجر) قال الزيلعي وما يعطى له من غير شرط لا بأس به لانه عمل معه حسنة فجازاه خيرا وبذلك جرت العادة والحيلة في جواز استئجاره للبيع والشراء استئجاره مدة للخدمة فيستعمله في البيع والشراء الى آخرها (قوله كذا سائر الوكلاء) شامل للمستبضع (قوله وفي السفر الخ) هذا اذا سافر بمال المضاربة فقط ولو سافر بماله ومال المضاربة او خلطا باذن رب المال او سافر بمالين لرجلين انفق بالحصة كما في شرح المجمع (قوله واجرة خادمه) كذا كل من يعين المضارب على العمل ويخدم دوابه فنفقته في مالها الا عند رب المال ودوابه فان نفقتهم في مال رب المال كما في البزازية (قوله وغسل ثيابه) كذا اجرة الحمام والحلاق وقص الشارب كل ذلك في مال المضاربة كما في البزازية (قوله والدهن اذا احتيج اليه) يعني اذا كان ببلاد الحجاز كما في التبيين وكذا آلة الخضاب واكل الفاكهة كعادة التجار كما في البزازية

وغيره (بعد الاقامة الى مالها) أى مال المضاربة لتمام الحاجة (ومادون سفر يغدو اليه ولا يبيت بأهله كالسفر والاول لا ان ربح) المضارب (أخذ المالك) من الربح (قدر المنفق) أى قدر ما أنفق المضارب (من رأس المال) حتى يتم رأس ماله فان فضل شئ قسم بينهما (وان ربح) اى باع المضارب متاع المضاربة مرابحة (حسب نفقته) اى ما أنفق على المتاع من اجرة الحمل وأجرة القصار والحمال والسمسار لان هذه الاشياء تزيد فى القيمة وتعارف التجار الحاقها برأس المال فى بيع المرابحة (لا) اى لا يحسب (نفقة نفسه) فى سفره وتقلباته فى المال لانهم لم يتعارفوا ذلك ولا تزيد أيضا فى قيمة المتاع (معه) أى مع المضارب (ألف بالنصف فاشترى به برا وباعه بألفين واشترى بهما) أى بالالفين (عبدا) ولم ينقد الالفين (فضاعا) أى الالفان (عنده) أى المضارب (غرم) أى المضارب (خمسمائة والمالك الباقى) وهو الف وخمسمائة (وربع العبد للمضارب وباقيه) وهو ثلاثة ارباعه (لها) اى للمضاربة (ورأس المال ألفان وخمسمائة) لان المال لما صار ألفين ظهر ربح فى المال وهو ألف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار العبد مشتركا بينهما فربعه للمضارب وثلاثة أرباعه للمالك ثم اذا ضاع الالفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما فى العبد فربعه على المضارب وهو خمسمائة وثلاثة أرباعه على المالك وهو الف وخمسمائة فنصيب المضارب خرج على المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما تناف ونصيب المالك على المضاربة لعدم ما ينافيها (ورابح على ألفين فقط) يعنى لا يبيع العبد مرابحة الا على ألفين لانه اشتراه بهما (فلو بيع) أى العبد (بضعفهما) وهو أربعة آلاف (فحصتها) أى حصة المضاربة (ثلاثة آلاف) ألفان وخمسمائة منها رأس المال (والربح منها خمسمائة بينهما) نصفان (شرى من المالك بالف عبدا شراه بنصفه رابح بنصفه) لا بتمام الالف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله وان حكم بجوازه لتعلق حق المضارب به فلا يجوز بناء المرابحة عليه لانها مبنية على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فتبتنى على ما اشتراه به المالك فيكون المضارب كالوكيل له فى بيعه ولو كان بالعكس يبيعه مرابحة بخمسمائة لان البيع الجارى بينهما كالمعدوم لما ذكر فتبتنى المرابحة على ما اشتراه به المضارب كانه اشتراه له وناوله اياه بلا بيع (شرى بألفها عبدا يعدل ألفين فقتل رجلا خطأ) فأمر بالدفع أو الفداء فان دفعا العبد انتهت المضاربة لان العبد بالدفع زال عن ملكهما بلا بدل وان فديا خرج العبد عن المضاربة أما حصة المضارب فلان ملكه فيه تقرر بالفداء فصار كالقسمة وأما حصة المالك فلان العبد بالجناية صار كالزائل عن ملكهما اذ الموجب الاصلى هو الدفع وبالفداء صار كأنهما اشترياه ثم الفداء عليهما بالارباع (فربع الفداء عليه) أى المضارب (وباقيه) وهو ثلاثة الارباع (على المالك) لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وقد كان الملك بينهما أرباعا لان المال اذا صار عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والف للمالك برأس ماله (واذا فديا صار العبد لهما وخرج عنها) أى المضاربة (فيخدم

(قوله ان ربح المضارب اخذ المالك قدر المنفق) يريد به ان المالك يأخذ رأس ماله كاملا فتكون النفقة مصروفة الى الربح خاصة وما بقى بينهما على ما شرطاه كما فى العناية (قوله الا فى صورة الخلط) يعنى الحاصل منهما معا يشير اليه قوله والفرق الخ وكان ينبغى التصريح بما اذا انفرد احدهما بالخلط ليحسن الفرق بين ما يقتضى الشركة ولا يقتضى تملك مال الآخر بالخلط الحاصل منهما بخلاف الحاصل من احدهما (قوله بدليل جواز تمليك معتق البعض للشريك) يعنى به التضمين اذا اعتق حصته موسرا

المضارب يوما والمالك ثلاثة أيام) بقدر حقهما (شرى عبدا بالفها وهلك الالف قبل نقده دفع المالك ثمنه ثم وثم) أى كلما هلك الالف دفع المالك الفا الى ما لا يتناهى (وجميع مادفع رأس ماله) فرق بين هذا وبين الوكيل بشراء عبد بعينه بالف دفع اليه فاشترى فهلك الالف قبل أن ينقده للبائع فان له أن يرجع على الموكل مرة فقط بان المال فى يد المضارب أمانة لما مر والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فلو جعل قبضه على الاستيفاء صار ضامنا وهو ينافى الامانة فجعل قبضه ثانيا على جهة الامانة لا الاستيفاء فاذا هلك كان الهلاك على المالك بخلاف الوكيل لامكان جعله مستوفيا لان الضمان لا ينافى الوكالة فان الغاصب اذا وكل ببيع المغصوب جاز حتى اذا هلك فى يده بعد ما صار وكيلا ضمن فاذا اشترى العبد بألف وجب للبائع على الوكيل الثمن ووجب للوكيل على الموكل مثله فاذا استوفى حقه من الموكل جعل قبضه على جهة الاستيفاء لا الامانة فاذا استوفاه مرة لم يبق الحق أصلا فاذا هلك المقبوض كان الهلاك عليه لا محالة (معه ألفان فقال دفعت ألفا وربحت ألفا وقال المالك دفعت الالفين أو ادعى المضارب العموم أو قال ما عينت لى تجارة والمالك ادعى الخصوص) يعنى فى الصورتين الاخيرتين (فالقول للمضارب) أما فى الاولى فلان حاصل اختلافهما فى مقدار المقبوض والقابض أحق بمعرفة مقداره لاستحقاقه بالمال وفى مثله القول للقابض ضمينا كان أو امينا وأيهما برهن على ما ادعى من الفضل قبل لان رب المال يدعى فضلا فى رأس ماله والمضارب فضلا فى الربح والبينات للاثبات وأما فى الاخيرتين فلان الاصل فيهما العموم والقول لمن يتمسك بالاصل (ولو ادعى كل نوعا فللمالك) أى القول له لاتفاقهما على الخصوص فاعتبار قول من يستفاد الاذن من جهته أولى والبينة للمضارب لاحتياجه الى نفى الضمان (كما لو قال من معه ألف هو مضاربة زيد وقد ربح وقال زيد بضاعة) حيث يصدق زيد مع اليمين لانه ينكر دعوى الربح أو دعوى تقويم عمل المضارب (أو) كما قال من معه ألف هو (قرض وقال زيد بضاعة أو وديعة) حيث يصدق زيد مع اليمين لانه ينكر دعوى التملك (ولو وقتا وقتا) بان قال رب المال دفعت المال فى رمضان وقال المضارب دفعت فى شوال (فصاحب الوقت) (الاخير أولى) لان الآخر ينسخ الاول

﴿كتاب الشركة﴾

لا يخفى وجه المناسبة بين الكتابين (هى) اختلاط شىء بشىء ومنه الشرك بالتحريك حبالة الصائد لان فيه اختلاط بعض حبله بالبعض ثم أطلقت على العقد مجازا لكونه سببا لها ثم صارت حقيقة عرفية وهى (اما شركة ملك وهى أن يملكا عينا بارث أو شراء أو اتهاب أو استيلاء) على مال حربى (أو اختلاط ما لهما بلا صنع) من أحدهما (أو خلطهما حتى تعذر التمييز) كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير ونحو ذلك أو تعسر كالحنطة والشعير ونحو ذلك (وكل أجنبى فى مال صاحبه) حتى لا يجوز له التصرف فيه الا باذنه كما للاجانب (فيصح له بيع حظه) أى نصيبه من المال (ولو

من غير شريكه بلا اذنه) يعني يجوز بيع احد الشريكين نصيبه من المال من
شريكه ومن غيره بلا اذن شريكه (الا في صورة الخلط والاختلاط) فانه لا يجوز الا
باذنه والفرق أن خلط الجنس بالجنس بصفة التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط
الى الخالط واذا حصل بغير تعد حصل سبب الزوال من وجه دون وجه فاعتبر
نصيب كل منهم زائلا عن الشريك في حق البيع من غير الشريك فلا يجوز الا
برضا الشريك غير زائل في حق البيع من الشريك عملا بالشبهين وهذا أولى من
عكسه لان التصرف مع الشريك أسرع نفاذا من التصرف مع الاجنبي بدليل
جواز تملك معتق البعض للشريك لا الاجنبي وكذا اجارة المشاع من الشريك
جائزة (واما شركة عقد) عطف على قوله واما شركة ملك (وركنها الايجاب) بان
يقول احدهما شاركتك في كذا وفي عامة التجارات (والقبول) بان يقول الآخر
قبلت فانها عقد من العقود الشرعية فلا بد لها من ركن كسائرها (وشرطها كون
المعقود عليه) أي التصرف الذي عقد الشركة عليه (قابلا للوكالة) ليقع ما يحصل له
كل منهما مشتركا بينهما فيحصل لنفسه بالاصالة ولشريكه بالوكالة ولا يمكنه ذلك
فيما لا يقبل التوكيل كالاحتطاب ونحوه من المباحات لان التوكيل لا يصح فيه
بل ما يأخذه يكون له خاصة (وعدم ما يقطعها) أي الشركة (كشرط دراهم مسماة
من الربح لاحدهما) فانه يقطع الشركة في الربح لاحتمال أن لا يبقى بعد هذه
الدراهم المسماة ربح يشتركان فيه (وهي) أي شركة العقد (ثلاثة) الاول (شركة
بالاموال و) الثاني (شركة بالاعمال وتسمى) هذه الشركة اصطلاحا (شركة
الصنائع و) شركة (التقبل و) شركة (الابدان) ووجه التسمية ظاهر (و) الثالث
(شركة الوجوه) قال في الهداية ثم هي على أربعة أوجه أي شركة العقود على أربعة
أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه وتبعه صاحب الكافي وقال
في غاية البيان هذا التقسيم فيه نظر لانه يوهم أن شركة الصنائع وشركة الوجوه
مغايرتان للمفاوضة والاولى في التقسيم ما ذكره الشيخان ابو جعفر الطحاوي وابو
الحسن الكرخي في مختصريهما بقولهما الشركة على ثلاثة أوجه شركة بالاموال
وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل واحدة على وجهين مفاوضة وعنان وفي
الهداية اشارة الى هذا حيث قال في بيان شركة الوجوه وانها تصح مفاوضة لانه
يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدان واذا أطلقت تكون عنانا فلما عثرت على
هذا اخترته وبينته على طبق غاية البيان وقلت (وكل منهما اما مفاوضة) هي بمعنى
المساواة سمي هذا العقد بها لاشتراط المساواة فيه من جميع الوجوه كما سيأتي (أو
عنان) مأخوذ من قولهم عن أي عرض سمي هذا العقد به لما قال ابن السكيت
كأنه عن لهما شيء فاشتركا فيه أو من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائي
والاصمعي لان كلا منهما جعل عنان التصرف في بعض المال الى صاحبه (أما
المفاوضة في الشركة بالاموال فبان تضمنت وكالة) أي يكون كل منهما وكيلا
للآخر ليتحقق المقصود وهو الشركة في المشترى لانه لا يقدر ان يدخله في ملك
صاحبه الا بالوكالة منه لعدم ولايته عليه لا يقال قد مر أن الوكالة بالمجهول لا تجوز

(قوله وكل منهما) الميم الثانية زائدة من الناسخ (قوله او عنان) بفتح العين كما في شرح المجمع

فوجب أن لا تصح هذه الشركة لتضمنها الوكالة بمجهول الجنس كما اذا وكله بشراء ثوب ونحوه لانا نقول الوكالة بالمجهول لا تجوز قصدا وتجوز ضمنا كما مر في المضاربة (وكفالة) بان يكون كل منهما كفيلا للآخر ليتحقق المساواة بينهما وطالب كل منهما فيما باشره أحدهما لا يقال قد مر أن الكفالة لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس فكيف جازت هنا مع جهالته لانا نقول قد مر ايضا أن الفتوى على صحتها ولو سلم فذلك في الكفيل القصدي وههنا ضمني كالوكالة (وتساويا) أي الشريكان (مالا) يعني مالا تصح به الشركة كما سنبين بخلاف العروض والعقار حيث لا يضرها التفاضل فيهما (وتصرفا) بان يقدر أحدهما على جميع ما يقدر عليه الآخر من التصرفات والافات معنى المساواة (فلا تصح) تفريع على قوله وكفالة (بين عبدين وصبيين ومكاتبين) فانهم ليسوا باهل الكفالة (ولا بين حر ومملوك وصبي وبالغ ومسلم وذمي) تفريع على قوله تصرفا فان الحر البالغ يستقل بالتصرف والكفالة والعبد لا يملك شيأ منهما الا باذن مولاه والصبي لا يملك الكفالة وان أذن له المولى ويملك التصرف باذنه والكافر اذا اشترى خمرا أو خنزيرا لا يقدر المسلم ان يبيعه ومن شرطها ان يقدر على بيع ما اشتراه شريكه لكونه وكيلا له في البيع والشراء وكذا المسلم لا يقدر على شرائهما كما يقدر الكافر عليه ولم يقل ودينا كما في سائر الكتب لاندراج ما يفيده تحت قوله وتصرفا كما ذكرنا فهو مغن عنه (ولابد) في انعقاد شركة المفاوضة (من ذكر لفظ المفاوضة أو بيان معناه) أي معنى ذلك لان أكثر الناس لا يعرفون جميع شرائطها فيجعل التصريح بالمفاوضة قائما مقام ذلك كله وان بينا جميع ما يقتضي المفاوضة صحت اذ العبرة للمعنى لا اللفظ (فشرى كل لهما) أي اذا ذكر اللفظ أو بين المعنى يكون ما اشتراه كل واحد منهما مشتركا بينهما الا ان مقتضى المفاوضة المساواة (الا طعام أهله) والادام (وكسوتهم) أي كسوة أهله وكسوته فانها تكون له خاصة استحسانا والقياس ان تكون على الشركة لانها من عقود التجارة فكانت من جنس ما يتناوله عقد الشركة وجه الاستحسان انهما مستثناة من مقتضى المفاوضة اذ كل منهما حين شارك صاحبه كان عالما بحاجته الى ذلك في مدة المفاوضة ومعلوم ان كلا منهما لم يقصد بالمفاوضة ان تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه وانه لا يتمكن من تحصيل حاجته الا بالشراء فصار كل منهما مستثنيا لهذا القدر من تصرفه عليه ومقتضى المفاوضة والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كالاستثناء المشروط وللبائع ان يطالب بثمن الطعام والكسوة أيهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري ان أدى من مال الشركة بقدر حصته لان الثمن كان عليه خاصة وقد قضى من مال الشركة (وكل دين لزم أحدهما بما تصح فيه الشركة) وسيأتي بيانه وهو احتراز عن لزوم دين بما لا يصح فيه الشركة كالجناية والصلح عن دم عمد والنكاح والخلع والنفقة (كالشراء والبيع والاستئجار أو كفالة) بمال (بأمر) أي امر المكفول عنه (ضمنه) أي ذلك الدين (الآخر) وانما ضمن فيها تحقيقا للمساواة (وبلا امر لا) أي لا يضمن شريكه لانها تبرع محض كالكفالة بالنفس واذا كانت بأمر كانت

(قوله وكل دين لزم احدهما بما تصح فيه الشركة) أي يجوز ان يقع مشتركا وان لم توجد الشركة فيه يطالب به كل منهما (قوله كالشراء الخ) هو الموعود به

مفاوضة كما سيأتى (وأما العنان فى الشركة بالاموال) عطف على قوله أما المفاوضة (فهى شركة فى كل تجارة أو نوع منها) كالثوب والطعام ونحوهما (وتتضمن الوكالة) ليتحقق المقصود بالشركة وهو التصرف فى مال الغير (فقط) أى دون الكفالة لانها تثبت فى المفاوضة ضرورة المساواة التى يقتضيها اللفظ وهذا اللفظ لا ينبئ عنه كما مر (وتصح ببعض المال) لان الحاجة ماسة اليه والمساواة ليست شرطا فيه فوجب القول بصحته (ومع فضل مال أحدهما) لعدم اشتراط التساوى فيه (وتساوى ماليهما لا الربح وبالعكس) أى تساوى الربح لا المالين لقوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين مطلقا بلا فصل بخلاف شرط كل الربح لاحدهما لخروج العقد به عن الشركة (و) تصح أيضا (بكون أحدهما) اى احد المالين (دراهم والآخر دنانير) أو من احدهما دراهم بيض ومن الآخر سود (وبلا خلط) وقال زفر والشافعى لا يصح بدونه لان الربح فرع المال ولا يتصور وقوع الفرع على الشركة الا بثبوت الشركة فى الاصل ولا اشتراك بلا خلط ولنا أن الشركة عقد توكيل من الطرفين ليشترى كل منهما بماله على أن يكون المشترى بينهما وهذا لا يفتقر الى الخلط والربح يستحق بالعقد كما يستحق بالمال ولهذا يسمى العقد شركة وهذه الشركة مستندة الى العقد حتى جاز شركة الوجوه والتقبل فاذا استندت الى العقد لم يشترط فيها المساواة والاتحاد والخلط (وكل يطالب بثمن مشريه لا الآخر) لما مر انه يتضمن الوكالة لا الكفالة والوكيل هو الاصل فى الحقوق (ثم يرجع على شريكه بحصته منه) أى من الثمن (ان أداه من ماله) لا من مال الشركة لانه وكيل من جهته فى حصته فاذا أدى من مال نفسه رجع عليه (ولا يصحان) أى المفاوضة والعنان فى الشركة بالاموال (الا بالنقدين) أى الدراهم والدنانير (والفلوس النافقة) أى الرائجة (والتبر) وهو ذهب غير مضروب (والنقرة) وهى فضة غير مضروبة (ان تعامل الناس بهما) أى بالتبر والنقرة الصحيح ان عقد الشركة على الفلوس النافقة يجوز اتفاقا لكونها اثمانا باصطلاح الناس وأما التبر فقد جعل فى شركة الاصل وفى الجامع الصغير بمنزلة العروض فلا يصلحان لرأس مال الشركة والمضاربة وجعله فى صرف الاصل كالاثمان والاول ظاهر المذهب قالوا المعتبر فيه العرف ففى كل بلدة يجرى التعامل بالمبايعة بالتبر فهو كالنقود لا يتعين بالعقود وتصح الشركة به ونزل التعامل باستعماله ثمنا بمنزلة الضرب المخصوص وفى كل بلدة لم يجز التعامل به فهو كالعروض يتعين فى العقود ولا يصح به الشركة كذا فى الكافى (و) لا يصحان الا بما ذكر و(بالعروض) لكن (بعد بيع كل) من الشريكين (نصف عرضه بنصف عرض الآخر) يعنى لو باع منهما نصف ماله من العرض بنصف مال الآخر منه صارا شريكين من الثمن شركة ملك حتى لا يجوز لاحدهما ان يتصرف

(قوله وتتضمن الوكالة) أى اذا لم ينص على المفاوضة والكفالة بل على الوكالة فقط أو صرح بكونها عنانا لم تتضمن الكفالة (قوله وتساوى ماليهما لا الربح وبالعكس) أى تساوى الربح لا المالين ليس على اطلاقه لما قال قاضيخان لا يشترط المساواة فى الربح عند علمائنا الثلاثة فان شرط المساواة فى الربح أو شرط لاحدهما فضل ربح ان شرط العمل عليهما كان الربح بينهما على ما شرطا عملا جميعا أو عمل أحدهما دون الآخر وان شرطا العمل على المشروط له فضل الربح جاز أيضا وان شرط العمل على أقلهما ربحا لا يجوز اه وكذا فى العناية وقال فيها لو شرط العمل على أحدهما وشرط الربح بينهما على قدر رأس مالهما جاز ويكون مال الذى لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته (قوله ثم يرجع على شريكه بحصته منه) أى من الثمن يعنى اذا صدقه أما لو اختلفا بأن ادعى شراء عبد الشركة وهلك فعليه البينة لانه يدعى حق الرجوع وذاك منكر فالقول له كما فى التبيين (قوله فلا يصلحان لرأس مال الشركة) كان ينبغى افراد الضمير لرجوعه للتبر ولعله ثناه لملاحظة النقرة معه (قوله وبالعرض بعد بيع كل نصف عرضه بنصف عرض الآخر الخ) اى تصح هذه الشركة وهى شركة عقد فى المختار تبعا للقدورى واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة والمزنى من أصحاب الشافعى رحمهم الله تعالى ومال شمس الائمة وصاحب الهداية الى أنه لا يجوز عقد الشركة ولا يخفى ضعفه كذا فى البرهان اه وحمل بعضهم ما ذكرناه على ما اذا تساوى قيمة العرضين وأما اذا تفاوتت فيبيع صاحب الاقل بقدر ما يثبتان به الشركة وهذا الحمل غير محتاج اليه فعلم أن قوله بعد بيع كل نصف عرضه بنصف عرض الآخر وقع اتفاقا وقصد الكون شاملا للمفاوضة والعنان وقوله عرضه بنصف عرض الآخر وقع اتفاقا لانه لو باعه بالدراهم ثم عقد الشركة فى العرض الذى باعه جاز أيضا كما فى التبيين

في نصيب الآخر ثم بالعقد صارت شركة عقد حتى جاز لكل منهما ان يتصرف في نصيب صاحبه وهذه حيلة لمن أراد الشركة في العروض (وان ملك احد المفاوضين) بارث أو هبة (ما تصح فيه الشركة) كما مر آنفا (وقبض) عطف على ملك (صارت المفاوضة (عنانا) لزوال المساواة المعتبرة في المفاوضة (هلاك ماليهما أو مال أحدهما قبل الشراء يبطلها) لانها من العقود الجائزة فشرط لدوامه ما شرط لابتدائه وهذا ظاهر في هلاك المالين وكذا اذا هلك أحدهما لانه لم يرض بشركة صاحبه في ماله الا بشركته في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم الفائدة (وهو) أي الهلاك (على صاحبه) أي صاحب المال (قبل الخلط هلك في يده أو يد الآخر) أما اذا هلك في يده فظاهر وأما اذا هلك في يد الآخر فلكونه أمانة عنده (و بعده) أي بعد الخلط يهلك (عليهما) لانه لا يتميز فيهلك من المالين (فان هلك مال أحدهما بعد شراء الآخر بماله فشريه لهما) على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر والشركة شركة عقد حتى ان أيهما باعه جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها (ورجع على الآخر بحصته من ثمنه) لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه فيصح رجوعه كما مر (وان هلك قبله) أي قبل شراء الآخر (فان وكله حين الشركة صريحا فشريه لهما) على ما شرطا في رأس المال لا الربح مثلا ان كان رأس المال بينهما اثلاثا فالمشترى يكون اثلاثا وان كان انصافا فكذلك لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة وتكون شركة ملك حتى لا يملك أحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر (والا) أي وان لم يوكله صريحا (فلا) أي لا يكون المشترى لهما بل للمشترى خاصة لان الوقوع على الشركة حكم وكالة تثبت في ضمن الشركة وقد بطلت الشركة بهلاك مال أحدهما فيبطل ما في ضمنها من الوكالة (ولكل من هذين الشريكين) أي المفاوضين وشريكي العنان (ان يبضع) لانه معتاد في عقد الشركة (ويودع) لانه من عادة التجار (ويضارب) أي يدفع المال مضاربة لانها دون الشركة فيجوز ان تتضمنها بخلاف الشركة لان الشئ لا يتضمن مثله (ويوكل) من يتصرف فيه بيعا وشراء لانه من عادة التجار (والمال في يده) أي يد كل من الشريكين (أمانة) حتى اذا هلك لم يضمنه بلا تعد (وأما المفاوضة في شركة الصنائع فبأن يشترك صانعان متساويان فيما يجب فيه المساواة في المفاوضة المذكورة) وهي المفاوضة في الشركة بالاموال بأن يكونا من أهل الكفالة وان يشترطا أن يكون ما رزق الله تعالى بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة وقد مر بيانه (سوى المال) لاختصاص المساواة فيه بالمفاوضة السابقة (كصباغين أو خياط وصباغ) اشارة الى ان اتحاد الصنعة والمكان ليس بشرط في شركة الصنائع (ويتقبلا العمل) عطف على يشترك (الاجر بينهما) أي ليكون كل ما يحصله أحدهما من الاجر مشتركا بينهما كما هو حكم المفاوضة (وتضمنت وكالة) لاعتبارها في جميع أنواع الشركة (وكفالة) تحقيقا لمعنى المفاوضة (وصحت وان)

(قوله وان ملك أحد المفاوضين) قال في شرح القدوري والمجمع ودرر البحار ومواهب الرحمن واذا ملك ما تصح به الشركة صارت عنانا (قوله وقبض) لم يذكره أولئك لان المبطل للمفاوضة زيادة مال أحدهما فزيادة القبض غير مرضية مع الملك لايهامها اشتراط القبض في النقد الموروث وقد حصل ملكه بمجرد موت المورث والموهوب لا علك بدون قبض فكان الملك كافيا لانقلاب المفاوضة عنانا لزيادة مال أحدهما وبسطناه برسالة (قوله والمشترى شركة عقد) هذا قول محمد وقال الحسن شركة ملك فلا يتصرف في حصة صاحبه (قوله ولكل من هذين الشريكين أن يبضع الخ) كذا له أن يستأجر ويستقرض وليس لاحد شريكي العنان ان يرهن ويرتهن بخلاف المفاوضين كما في شرح المجمع وليس للشريك عنانا والمضارب والمستبضع تحلف من حلفه الشريك ورب المال ثانيا وليس لاحد شريكي العنان أن يكاتب عبده من تجارتهما ولا أن يزوج أمته منها ولا يعتق على مال واقراره بامة في يده لم يجز في نصيب شريكه واقالة أحدهما بيع الآخر جائزة ورد بيعه على الآخر بعيب بغير قضاء وحطه من الثمن بعيب جائز عليهما وان حط بغير عيب جاز في حصته خاصة واقراره بعيب فيما باعه جائز عليهما كما في قاضيخان (قوله ويوكل) قال في البدائع فان أخرج الآخر الوكيل ببيع أو شراء أو اجارة خرج وان كان وكيلا في تقاضي ما داينه ليس للآخر اخراجه (قوله بأن يكونا من أهل الكفالة وان يشترطا أن يكون ما رزق الله بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة) أقول اشتراط المناصفة ليس قيدا وكذا ذكر المفاوضة مع ذكر ما تضمنته بل ذكر أحدهما

وصلية (شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا استحسانا) وفى القياس لا تصح لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لافضائه اليه فصار كشركة الوجوه ووجه الاستحسان ان ما يأخذه لا يأخذه ربحا لان الربح يحرم عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لما سيجيء ان شاء الله تعالى (ولزم كل عمل قبله أحدهما ويطالب الآخر) أى كل منهما (ويبرأ الدافع بدفعه اليه والكسب بينهما) نصفين (وان عمل أحدهما) قياسا واستحسانا لان هذا مقتضى المفاوضة المتضمنة للكفالة (وأما العنان فى شركة الصنائع فبان يشترك صانعان بلا تساو بينهما فيما ذكر وتضمنت وكالة) فقط (وتثبت به الاحكام المذكورة استحسانا) والقياس ان لا تثبت لان الشركة وقعت مطلقة عن قيد الكفالة والاحكام المذكورة من موجباتها ووجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية لوجوب العمل فى ذمة كل منهما ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة فى ضمان العمل واقتضاء البدل حتى قالوا اذا أقر أحدهما بدين من ثمن صابون أو اشنان مستهلك لم يصدق على صاحبه ويلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار يوجب التصريح بها (وأما المفاوضة فى شركة الوجوه) سميت به اذ لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس (فبان يشتركا متساويان فيما ذكر بلا مال ليشتريا) متعلق بقوله يشترك (بوجوههما ويبيعا وتضمنت وكالة) لما مر ان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة أو ولاية ولا ولاية فتعين الاولى (وكفالة) تحقيقا لمعنى المفاوضة (وأما العنان فيها) أى فى شركة الوجوه (فبأن لا يعتبر التساوى فيها) أى فى الامور المذكورة فى المفاوضة (وتضمنت وكالة فقط) لما مر (وان شرطا) أى الشريكان شركة الوجوه (مناصفة المشرى أو مثالثته فالربح كذلك وشرط الفضل باطل) لان الربح لا يستحق الا بالعمل كالمضارب أو بالمال كرب المال أو بالضمان كالاستاذ الذى يتقبل العمل من الناس فيلقيه على التلميذ باقل مما أخذ فيطيب له الفضل بالضمان ولا يستحق بغيرها الا يرى ان من قال لغيره تصرف فى مالك على ان لى بعض ربحه لا يستحق شيأ لعدم هذه المعانى

{فصل} فى الشركة الفاسدة (لا شركة فى الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد وسائر المباحات) لان الشركة تتضمن التوكيل وهو اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وهذا المعنى لا يتصور هنا لان الموكل لا يملكه فلا يملك اقامة الغير مقامه (وما حصل أحدهما فله) لانه أثر عمله (وما حصلاه معا فلهما) لانه أثر عملهما (نصفين) تحقيقا للمساواة (وما حصل أحدهما باعانة الآخر فله) أى للمحصل لانه الاصل فى العمل (وللآخر أجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد ولا يزاد على نصف ثمنه عند أبى يوسف) كما هو حكم الاجارة الفاسدة على خلاف بينهما (ولا فى الاستقاء) بان كان لاحدهما بغل وللآخر راوية واستقى أحدهما والكسب

(قوله ويبرأ الدافع بدفعه اليه) أى يبرأ المستأجر بدفعه الاجرة الى الذى لم يستعمله والكسب بينهما وان عمل أحدهما اى ولم يشترطا التفاضل كما تقدم

{فصل}

(قوله فالكسب للعامل) فيه نوع استدراك (قوله كالريع) أى كما ان الريع تابع للبذر فى المزارعة والريع النماء والزيادة كذا فى المجمل قاله الاتقانى

للعامل لكونه عاملا (وعليه أجر المثل للآخر) لانه أجيره اجارة فاسدة (الربح في الشركة الفاسدة على قدر المال وان شرط الفضل) لان الاصل ان الربح تابع للمال كالريع ولم يعدل عنه الا عند صحة التسمية ولم تصح فبطل شرط التفاضل لان استحقاقه بالعقد فيكون فيه تقرير الفساد وهو واجب الدفع (وتبطل) أي الشركة مطلقا (بموت أحدهما ولو حكما) بان يرتد ويلحق بدار الحرب ويحكم به القاضي لان الوكالة لازمة للشركة والموت يبطل الوكالة ومبطل اللازم مبطل للملزوم (لا يزكي أحدهما مال الآخر بلا اذنه) أي ليس لاحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر بلا اذنه لانه ليس من جنس التجارة (فان أذن كل لصاحبه فاد يا ولاء) أي بالتعاقب (ضمن الثاني وان جهل باداء الاول) لانه أتى بغير المأمور به لانه اسقاط الفرض عنه ولم يسقط فصار مخالفا فيضمنه علم أو لم يعلم لانه صار معزولا باداء الموكل حكما لفوات المحل وذا لا يختلف بالعلم والجهل كالوكيل ببيع العبد اذا أعتقه الموكل ينعزل علم به أو لا (وان اديا معا) أي أدى كل واحد بغيبة صاحبه واتفق أداؤهما في زمان واحد ولا يعلم التقدم والتأخر (ضمن كل قسط الآخر) ويتقاصان فان كان مال أحدهما أكثر يرجع بالزيادة (شرى مفاوض أمة باذن شريكه ليطأها فهي له مجانا) يعني اذا أذن أحد المفاوضين لصاحبه بشراء أمة ليطأها فاشتراها المأمور وأدى الثمن من مال الشركة فهي له بغير شيء أي لا يغرم لشريكه شيأ عند أبي حنيفة وعندهما يرجع عليه بنصف الثمن لان الشراء وقع للمأمور خاصة فكان الثمن واجبا عليه وقد اداه من مال الشركة فيرجع عليه بنصف الثمن كما في ثمن الطعام والكسوة وله ان الجارية تدخل في ملكهما جريا على مقتضى الشركة ثم الاذن يتضمن هبة نصيبه لان الوطء لا يحل الا بالملك فصار كما اذا اشترياها ثم قال أحدهما للآخر اقبضها لك كان هبة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة بخلاف طعام الاهل وكسوتهم لان ذلك مستثنى عن الشركة للضرورة كما مر بيانه ولا ضرورة في مسئلتنا (واخذ البائع بثمنها أياشاء) المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة كما مر في الطعام والكسوة

﴿كتاب المزارعة﴾

(هي) لغة مفاعلة من الزرع وشرعا (عقد على الزرع ببعض الخارج ولا تصح عند أبي حنيفة) لحديث رافع بن خديج انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة وهي مزارعة الارض على الثلث أو الربع من الخبير وهو الاكار لمعالجته الخبار وهي الارض الرخوة ولانها استئجار الارض ببعض ما يخرج من عمله فكان في معنى قفيز الطحان كما مر في الاجارة (وتصح عندهما) لانه صلى الله عليه وسلم دفع نخيل خيبر الى أهلها معاملة وارضها مزارعة على نصف ما يخرج من تمر وزرع وبه عمل الصحابة والتابعون والصالحون الى يومنا هذا ومثله يترك خبر الواحد والقياس ولهذا قالوا (وبه يفتى وركنها الايجاب والقبول) كسائر العقود (وشرطها) ثمانية أمور الاول (اهلية العاقدين) اذ لا صحة لعقد بدونها (و) الثاني (صلاحية الارض

(قوله فان أذن كل لصاحبه فأد يا ولاء أي بالتعاقب الخ) هذا عند أبي حنيفة وقالا ان علم يضمن والا فلا كذا الشارح في كتاب الزكاة وفي الزيادات لا يضمن علم باداء شريكه أو لم يعلم وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف الوكيل باداء الزكاة أو الكفارات كما في التبيين ولو قضى أحدهما دينا من مال الشركة ثم قضاه الآخر ثانيا ولم يعلم ان الاول قضاه لم يضمن بغير خلاف وهذه حجة أبي يوسف في مسئلة الزكاة كذا في المناقب وأقول قد يفرق بأن الشريك وكالته باقية لبقاء الشركة فلا ضمان عليه لعدم عزله باداء الاول وأما الزكاة فاداؤها بعد أداء الآمر أداء معزول ما لا يملكه لعزله بفعل الآمر وقال الزيلعي المأمور بقضاء الدين لا يضمن بقضائه بغير علم بعد قضاء الآمر لانه لم يخالف لانه جعل المقبوض مضمونا على القابض لان الديون تقضى بأمثالها فأمكنه الرجوع على القابض بعد الهلاك اه (قوله أي لا يغرم شريكه شيئا) ينبغي أن يقال لشريكه لكون الضمير في يغرم للمأمور تأمل

﴿كتاب المزارعة﴾

(قوله وتصح عندهما لانه صلى الله عليه وسلم دفع نخيل خيبر الى أهلها معاملة) قال الزيلعي والجواب من الامام عنه أن معاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح والدليل على ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يبين لهم المدة ولو كانت مزارعة لبينها اه وفرع الامام رحمه الله هذه المسائل في المزارعة على قول من جوزها لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله كذا في الخلاصة

للزراعة) ليحصل المقصود (و) الثالث (بيان مدة متعارفة) بان يقول الى سنة او سنتين مثلا لان العقد يرد على منفعة الارض ان كان البذر من قبل العامل أو على منفعة العامل ان كان البذر من قبل صاحب الارض والمنفعة لا يعرف مقدارها الا ببيان المدة فكانت المدة معيارا للمنفعة فيجب ان تكون المدة مما يتمكن فيها من المزارعة حتى اذا بين مدة لا يتمكن فيها منها فسدت لعدم حصول المقصود وكذا اذا بين مدة لا يعيش احدهما الى مثلها عادة كذا فى الذخيرة (و) الرابع بيان (رب البذر) أى من كان البذر من قبله لان المعقود عليه يختلف باختلافه فان البذر ان كان من قبل العامل فالمعقود عليه منفعة الارض وان كان من قبل صاحب الارض فهو منفعة العامل ولا بد من بيان المعقود عليه لان جهالته تفضى الى النزاع (و) الخامس بيان (جنسه) أى جنس البذر اذ لا بد من بيان جنس الاجرة وهو لا يعلم الا ببيان جنس البذر (و) السادس بيان (حظ الآخر) اى بيان من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يعلم اذ ما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد (و) السابع (التخلية بين صاحب الارض والعامل) حتى اذا شرط فى العقد ما يزول به التخلية وهو عمل صاحب الارض مع العامل فسد (و) الثامن (الشركة فى الخارج) عند حصوله لانه ينعقد اجارة ابتداء ويتم شركة انتهاء وكل شرط يؤدى الى قطع الشركة فى الخارج يكون مفسدا للعقد (وانما تصح) عندهما (اذا كان الارض والبذر لواحد والبقر والعمل للآخر) لان صاحب الارض استأجر العامل للعمل والبقر آلة للعمل فجاز شرطه عليه كما لو استأجر خياطا ليخيط بابرة نفسه (أو الارض لواحد والباقى للآخر) لان رب البذر استأجر الارض بجزء معلوم من الخارج ولو استأجرها بأجر معلوم من الدراهم والدنانير صح فكذا اذا استأجرها بذلك (أو العمل لواحد والباقى

(قوله وبيان مدة متعارفة) قال قاضيخان وشروط جوازها ستة منها بيان الوقت فان دفع أرضه مزارعة ولم يذكر الوقت قال فى الكتاب لا تصح المزارعة وقال مشايخ بلخ لا يشترط بيان المدة وتكون المزارعة على أول السنة يعنى على أول زرع يكون فى تلك السنة ثم قال والفتوى على بيان الوقت على جواب الكتاب اه وفى الخلاصة وبيان المدة سنة أو سنتين شرط فى المزارعة وفى المعاملة تصح من غير بيان المدة استحسانا ويقع على أول ثمرة تخرج فى تلك السنة وفى النوازل عن محمد بن سلمة رحمه الله المزارعة من غير بيان المدة جائز أيضا ويقع على سنة واحدة يعنى على زرع واحد وبه أخذ الفقيه أبو الليث وقال انما شرط أهل الكوفة بيان الوقت لان وقت المزارعة عندهم متفاوت ابتداؤها وانتهاؤها مجهول ووقت المعاملة معلوم فأجازوا المعاملة ويقع على أول السنة ولم يجيزوا المزارعة أما فى بلادنا وقت المزارعة معلوم فيجوز اه وفى البزازية وعن محمد رحمه الله جوازها بلا بيان المدة ويقع على أول زرع يخرج زرعا واحدا وبه أخذ الفقيه وعليه الفتوى وانما شرط محمد بيان المدة فى الكوفة ونحوها لان وقتها متفاوت عندهم وابتداؤها وانتهاؤها مجهول عندهم ووقت المساقاة معلوم اه فقد تعارض ما عليه الفتوى (قوله والرابع بيان رب البذر) قال فى البزازية وعن ائمة بلخ انه ان كان عرف ظاهر فى تلك النواحى أن البذر على من يكون لا يشترط البيان اه وذكر مثله قاضيخان عن الفقيه أبى بكر البلخى لكن ان كان العرف مستمرا وان كان مشتركا لا تصح المزارعة وهذا اذا لم يذكرا لفظا يدل عليه فان ذكرا بأن قال صاحب الارض دفعت اليك الارض لتزرعها لى أو قال استأجرتك لتعمل فيها بنصف الخارج يكون بيانا أن البذر من قبل صاحب الارض وان قال لتزرعها لنفسك كان بيانا ان البذر من قبل العامل اه (قوله والخامس بيان جنسه) قال قاضيخان ولا يشترط بيان مقدار البذر لان ذلك يصير معلوما باعلام الارض فان لم يبينا جنس البذر ان كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبل العامل ولم يبينا جنسه كانت المزارعة فاسدة الا اذا فوض الامر الى العامل على وجه العموم فان لم يفوض وزرع تنقلب جائزة (قوله والسادس بيان حظ الآخر أى بيان من لا بذر من قبله) لعله بيان حظ من لا بذر من قبله (قوله والثامن الشركة فى الخارج) فيما قدم من بيان حظ الآخر غنية عن هذا (قوله وانما تصح أيضا اذا كان نفقة الزرع عليهما بقدر حقهما) قال فى البرهان فان شرطت على العامل فسدت فى ظاهر الرواية ويجيزها أبو يوسف اذا شرطت على المزارع فى رواية أصحاب الامالى عنه لانه متعارف وصار كشرط حذو النعل على البائع واختاره مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسى فى المبسوط وهذا هو الصحيح فى ديارنا اه وقال فى الخلاصة عن النوازل كان محمد بن سلمة ونصير بن يحيى يجيزان المزارعة بشرط الحصاد ولا أعرف أحدا فى زمانهما خالفهما فى ذلك قال الفقيه أبو الليث رحمه الله وبه نأخذ اه

للآخر) لان صاحب الارض استأجر العامل ليعمل بآلة المستأجر فتصح كما لو
استأجر خياطا ليخيط بإبرة رب الثوب (و) انما تصح أيضا (اذا كان نفقة الزرع
عليهما بقدر حقهما كأجر الحصاد والرفاع والدوس والتذرية) لان الغرم بالغنم
حتى لو شرطت لاحدهما فسد العقد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد
المتعاقدين (فتفسد ان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل للآخر) لان
رب البذر استأجر الارض والبقر واستتبعا البقر بجزء من الخارج مقصودا
لا يصح لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فان منفعتها قوة في طبعها
يحصل بها الخارج ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل فلعدم المجانسة لا يمكن جعل
البقر تابعا لمنفعة الارض ولا يجوز استحقاق منفعة الارض مقصودا بالمزارعة كما لو
كان البقر مشروطا على أحدهما فقط بخلاف جانب العمل لان البقر آلة العمل
فجعلت تابعة لمنفعة العامل (أو كان البذر لاحدهما والباقي للآخر) لان الشرع لم
يرد به (أو كان البذر والبقر لواحد والباقي) وهو الارض والعمل (للآخر) لان
كل واحد من البذر والبقر لما لم يصح عند الانفراد لم يصح عند الاجتماع (أو
شرط لاحدهما قفزان مسماة) فانه أيضا مفسد لاحتمال ان لا تخرج الارض الا هذه
القفزان فيكون هذا الشرط قاطعا للشركة (أو شرطا) لاحدهما (ما يخرج من
موضع معين أو ما على الماذيانات) وهي أوسع من السواقي (أو السواقي) جمع
ساقية وهي أكبر من الجدول وأصغر من النهر فانه أيضا مفسد لاحتمال ان
لا يخرج الا من ذلك الموضع فيكون الشرط قاطعا للشركة (أو) شرطا (كون
نفقته على العامل) لما مر انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين
(أو شرطا (رفع رب البذر بذره أو رفع الخراج الموظف وتنصيف الباقي) حيث
تفسد في الصورتين لاحتمال أن لا يحصل الا ذلك القدر وأما اذا كان خراج
مقاسمة كالثلث أو الربع فيجوز كما لو شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والارض
عشرية أو شرط رب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما لانه مشاع
فلا يؤدي الى قطع الشركة (أو) شرطا (كون التبن لاحدهما والحب للآخر)
حيث تفسد لانه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود (أو) شرطا (تنصيف الحب
والتبن لغير رب البذر) حيث تفسد لانه شرط مخالف لمقتضى العقد وهو يؤدي
الى قطع الشركة اذ ربما يصيبه آفة فلا ينعقد الحب فلا يخرج الا التبن (ولو شرطا
الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن أو شرطا الحب نصفين وجعلاه) أي التبن (لرب
البذر صحت) أما الاولى فلانه ما شرطا الشركة فيما هو المقصود والسكوت عن
التبع لا يوجب فساد العقد في الاصل وأما الثانية فلانه شرط موافق لحكم العقد
لانه نماء ملكه والفرع يملك بملك الاصل وانما يستحقه الآخر بالتسمية فاذا
فسدت كان النماء كله لرب البذر (وللآخر أجر عمله أو أجر مثل أرضه) يعني ان
كان البذر من صاحب الارض فللعامل أجر مثله وان كان من قبل العامل فلصاحب
الارض أجر مثل أرضه (فلو كان رب البذر صاحب الارض فللعامل أجر مثله
لا يزاد على المسمى) لانه رضي بسقوط الزيادة (و) لو كان رب البذر (العامل

(قوله لان الشرع لم يرد به) قال في البرهان
ولان صاحب البذر يصير مستأجر
الارض فلابد من التخلية بينه وبينها
وهي هنا في يد العامل لا في يد صاحب
البذر وعن أبي يوسف أنه يجوز للعامل
اه (قوله فتفسد ان كان الارض والبقر
لواحد) هو ظاهر الرواية وعن أبي يوسف
جوازها والفتوى على ظاهر الرواية كما
في البزازية ومن الصور الفاسدة ما لو كان
البذر منهما والارض لاحدهما وكان
العمل مشروطا على غير ذي الارض كما في
البرهان وذكر الزيلعي وجها آخر
وهو أن يكون البقر من واحد والباقي
من آخر قالوا هو فاسد (قوله ولو شرطا
الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن الخ) قال
في البزازية ويكون التبن لصاحب البذر
فيما اذا سكتا عنه وتجوز المزارعة في ظاهر
الرواية وعن الثاني واليه رجع محمد ان
المزارعة لا تجوز ومشايخ بلخ أن التبن
بينهما (قوله فلو كان رب البذر صاحب
الارض فللعامل أجر مثله لا يزاد على
المسمى) كذا لو كان العامل رب البذر
فلصاحب الارض أجر مثلها لا يزاد
على المسمى عندهما وأوجبه محمد
بالغا ما بلغ ويطيب الخارج كله لرب
البذر ان كانت الارض له لانه نماء بذره
وخراج أرضه وان لم تكن الارض
لصاحب البذر تصدق بما زاد على البذر
والمؤن كذا في البرهان

فلصاحب الارض أجر مثل أرضه) لاستيفائه منافع الارض بعقد فاسد فيجب
عليه قيمتها اذ لا مثل لها (واذا صحت فالمشروط) أى الواجب هو المشروط لصحة
الالتزام (ولا شئ للعامل ان لم تخرج) أى الارض شيأ لانه يستحقه شركة ولا شركة
فى غير الخارج (ويجبر العامل ان أبى لا رب البذر) يعنى اذا انعقدت المزارعة
ما متنع من العمل رب البذر فله ذلك لانه لا يتوصل الى الوفاء بالعقد الا باتلاف
البذر وفيه ضرر يلزمه فلا يجبر عليه كما لو استأجر أجيرا ليهدم داره وفى الكفاية هذا
(قبل القائه) وبعده يجبر وان امتنع العامل أجبره الحاكم على العمل لان الوفاء به
ممكن بلا ضرر يلحقه فلزم العقد كما فى سائر الاجارات الا اذا كان له عذر تفسخ به
الاجارة كالمرض فيفسخ به المزارعة (ولو أبى رب البذر والارض له وقد كرب
العامل فلا شئ له) فى عمل الكراب (قضاء) لان عمله انما يتقوم بالعقد والعقد
قوم العمل بجزء من الخارج ولا خارج بعد (ويسترضى ديانة) يعنى ان ما ذكر
جواب فى القضاء وأما فيما بينه وبين ربه فيلزمه ان يعطى العامل أجر مثل عمله
لانه انما اشتغل باقامة هذه الاعمال ليحصل له نصيبه من الخارج فاذا أخذ الارض
منه فقد غره والتغرير مدفوع فيفتى بان يطلب رضاه (وتبطل) أى المزارعة
(بموت أحدهما) أى العاقدين كما فى الاجارة (فلو دفعها ثلاث سنين فلما نبت فى
الاولى ومات صاحب الارض قبل ادراكه ترك) أى الزرع (فى يد المزارع الى
ادراكه وقسم على الشرط وبطلت) أى المزارعة (فى) السنتين (الاخريين)
لان فى ابقاء العقد فى السنة الاولى مراعاة حق المزارع والورثة وفى القطع ابطالا
لحق العامل أصلا فكان الابقاء أولى وأما فى الاخريين فلا حاجة الى الابقاء اذ لم
يثبت الحق للمزارع فى شئ بعد فعملنا بالقياس (ومضت المدة قبل ادراكه فعلى
المزارع أجر مثل نصيبه من الارض حتى يدرك) الزرع لانه استوفى منفعة بعض
الارض لتربية حصته فيها الى وقت الادراك (ونفقته) أى نفقة الزرع كأجر السقى
والمحافظة والحصاد والرفاع والدوس والتذرية (عليهما) بقدر حقوقهما حتى يدرك
كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب (وفى موت أحدهما قبله) أى قبل
ادراك الزرع (ترك) أى الزرع فى مكانه (الى ادراكه ولا شئ على المزارع) لانا أبقينا
عقد الاجارة ههنا استحسانا لبقاء مدة الاجارة فامكن استمرار العامل أو وارثه على
ما كان عليه من العمل أما فى الاول فلا يمكن الابقاء لانقضاء المدة (أنفق أحدهما)
على الزرع (بلا أمر صاحبه أو امر قاض فهو متطوع فى الانفاق) لان كل واحد
منهما غير مجبور على الانفاق فصار كالدار المشتركة بينهما اذا استرمت فأنفق
أحدهما فى مرمتها بلا أمر كان متطوعا (وتفسخ) أى المزارعة (بدين محوج الى
بيعها) أى بيع الارض كما فى الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض
وحفر الانهار وسوى المسناة بشئ اذ لا يجوز ان يطالبه بالمسمى وهو الخارج لانه
معدوم ولا بأجر المثل لانه انما يجب عند فساد العقد ولم يفسد (ولو نبت) أى الزرع
(لم تبع) أى الارض (قبل استحصاده) أى الزرع لان فى البيع ابطال حق
المزارع والتأخير أولى من الابطال ويخرجه القاضى ان حبسه لانه جزاء الظلم

(قوله فيفتى بأن يطلب رضاه) قال
الزيلعى وذلك بأن يوفيه أجر مثله (قوله
ونفقته أى نفقة الزرع الخ) أفاده لعلم
الحكم بعد انقضاء المدة (قوله
والرفاع) بالفتح والكسر لغة هو أن يرفع
الزرع الى البيدر (قوله فأمكن استمرار
العامل) أى لو مات صاحبه أو وارثه أى
لو مات العامل فوارثه يعمل مكانه (قوله
وتفسخ بدين محوج الى بيعها) أى بيع
الارض يعنى اذا لم يزرعها لما سنذكر ولا
بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا على
رواية الزيادات وعلى رواية لا يشترط شئ
منها كما فى البزازية وفى الخلاصة عن
الاصل السفر والمرض من قبل المزارع
عذر ولو كان المزارع سارقا يخاف على
الزرع والثمر منه فهذا عذر اه

وهو لم يظلم لانه ممنوع عن بيع الارض فلم يكن ظالما

﴿ كتاب المساقاة ﴾

(هي) لغة مفاعلة من السقي وشرعا (دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره وهي كالمزارعة) في انها باطلة عند أبي حنيفة خلافا لهما وان الفتوى على صحتها (وشروطها كشروطها الممكنة ههنا كاهلية العاقدين وبيان نصيب العامل والتخلية بين الاشجار والعامل والشركة في الخارج) وما عداها من الشروط المذكورة فيها لا يجرى ههنا (فتصح بلا ذكر المدة) والقياس ان لا تصح لانها اجارة معنى كالمزارعة وتصح استحسانا (وتقع على اول ثمر يخرج) اذ لادراك الثمر وقت معين قلما يتفاوت (وتفسد ان لم يخرج) اي في هذه السنة لعدم تناول العقد غير هذه السنة فكأنهما نصا على ذلك ذكره تاج الشريعة (الا اذا دفع) استثناء من قوله فتصح بلا ذكر المدة (غراسا في ارض لم تبلغ) اي تلك الغراس (الثمر على ان يصلحها فما خرج كان بينهما نصفين حيث تفسد ان لم يذكر سنين معلومة) ذكره قاضيخان (او دفع أصول رطبة في أرض مساقاة ولم يسم الوقت فانها تفسد) لان أصول الرطبة كالغراس (بخلاف رطبة لبقائها غاية) كستة اشهر مثلا (حيث يجوز وتقع على اول جزة) أي قطع (يكون) أي يحصل ذلك الاول لا ما بعده (دفع رطبة انتهى جزازها على ان يقوم عليها حتى يخرج بذرها ويكون) اي البذر (بينهما نصفين جاز بلا ذكر الوقت) استحسانا الان لادراك البذر وقتا معلوما عند المزارعين والبذر انما يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا (والرطبة لصاحبها) اذ لا اثر فيه لعمل العامل (ولو شرطا تنصيفها فسدت) لاشتراط الشركة فيما هو حاصل قبلها (ذكر مدة لا يخرج الثمر فيها) بان دفع الارض ليغرس فيها الكرم سنة او سنتين ببعض الخارج فانه يعلم قطعا ان الكرم لا يخرج الثمر فيها (يفسدها) لان المقصود بالمساقاة الشركة في الخارج وهذا الشرط يمنع المقصود فيكون مفسدا للعقد (و) ذكر (مدة قد يخرج) الثمر فيها (وقد لا) اي لا يخرج (لا) أي لا يفسدها لعدم العلم بفوات المقصود بل هو متوهم في كل مزارعة ومساقاة بان يصطلم الزرع او الثمر آفة سماوية (فلو خرج) اي الثمر (في وقت سمى فعلى الشرط) لصحة العقد (والا) اي وان لم يخرج فيه بل تأخر عنه (فسد العقد) اذ تبين انهما سميا مدة لا يخرج الثمار فيها ولو علم ذلك ابتداء كان العقد فاسدا فكذا اذا تبين انتهاء واذا فسد (فللعامل أجر المثل) كما في المزارعة (تصح) اي المساقاة (في الكرم والشجر والبقول وأصول الباذنجان والنخل ولو) وصلية (فيه ثمر ان لم يدرك) حتى لو كان مدركا لم يصح العقد اذ لا يكون حينئذ لعمل العامل أثر (كالمزارعة) وعند الشافعي لا تجوز المساقاة الا في النخيل والكروم (دفع أرضا سنين معلومة على ان يغرس الاشجار ويكون هي) اي الاشجار (والارض بينهما نصفين فسدت) لاشتراطهما الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وهو الارض (فان غرسها) اي العامل الارض (غراسا من عنده فأخرجت ثمرا كان الكل لصاحب الارض وللغارس عليه قيمة غراسه وأجر مثل عمله) لان صاحب الارض استأجر العامل ليجعل ارضه بستانا بآلات نفسه على أن يكون اجره نصف البستان الذي

﴿ كتاب المساقاة ﴾

(قوله هي لغة من السقي الخ) مفهومها اللغوي هو الشرعي وتسمى المعاملة بلغة أهل المدينة (قوله وهي كالمزارعة) في البطلان عند أبي حنيفة وبه أخذ زفر خلافا لهما وهو قول ابن أبي ليلى (قوله وشروطها كشروطها) كذا ركنها كركنها وقال الزيلعي وشروطها عندهما شروط المزارعة في جميع ما ذكرنا الا في أربعة أشياء لا يجبر اذا امتنع واذا انقضت المدة تترك بلا أجر ويعمل بلا أجر وفي المزارعة بأجر واذا استحق النخيل يرجع العامل بأجر مثله والمزارع بقيمة الزرع والرابع لا يشترط بيان المدة هنا استحسانا (قوله فلو خرج أي الثمر في وقت سمى فعلى الشرط) هذا اذا كان الخارج يرغب فيه وان لم يرغب بمثله في المعاملة لا يجوز كذا في البزازية (قوله والا اي وان لم يخرج فيه بل تأخر عنه) فسد قال الزيلعي واذا لم تخرج شيأ اصلا فلا شيء له اه وقال في البزازية وان لم تخرج شيأ في تلك المدة ان أخرجت بعد تلك المدة في السنة فسدت وان لم تخرج في ذلك العام وبعده حدثت لها جازت المعاملة (قوله حتى لو كان مدركا لم يصح العقد) قال في البزازية تناهى الزرع فدفع معه الارض مزارعة بالنصف ليحفظ لا يجوز وفي الاشجار اذا دفعها معاملة في هذه الحالة ان كانت الثمرة بحال لو لم تحفظ تضيع الى وقت الادراك تجوز وان كان لا يحتاج فيه الى عمل سوى الحفظ والحفظ زيادة في الثمار ان بحال لو لم تحفظ لا تذهب الثمرة الى وقت الادراك لا يجوز اه

يظهر بعمله والآلة له فيكون في معنى قفيز الطحان المنهي عنه ويكون فاسدا ثم الغراس ملك للغارس وقد تعذر ردها عليه لاتصالها بالارض فتجب قيمتها واجر مثل عمله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها (تبطل) أي المساقاة (بموت أحدهما ومضى مدتها والثمر نيء) بكسر النون هذا قيد لصورتي الموت ومضى المدة وانما بطلت لان صاحب الارض استأجر العامل ببعض الخارج ولو استأجره بدراهم بطلت الاجارة بموت أحدهما فكذا اذا استأجره ببعض الخارج (فلو مات صاحب الارض فللعامل القيام عليه حتى يدرك الثمر وان) وصلية (كره ورثة صاحب الارض) لان في انتقاض العقد بموته اضرارا بالعامل وابطالا لما كان مستحقا بالعقد وهو ترك الثمار في الاشجار الى وقت الادراك واذا انتقض العقد تكلف الجزاز قبل الادراك وفيه ضرر عليه واذا جاز نقض الاجارة لدفع الضرر فلأن يجوز ابقاؤها لدفعه كان أولى (وان مات العامل فلورثته القيام عليه وان كره صاحب الارض) لانهم قائمون مقامه وفيه نظر للجانبين (وان ماتا فالخيار) في القيام عليه أو تركه (الى ورثة العامل) لقيامهم مقامه وقد كان له في حياته هذا الخيار بعد موت صاحب الارض فكذا يكون لورثته بعد موته (وان لم يمت أحدهما بل انقضى مدتها) أي مدة المساقاة (فالخيار للعامل) ان شاء عمل على ما كان يعمل حتى يبلغ الثمر ويكون بينهما على السواء لان في الامر بالجزاز قبل الادراك اضرارا بهما والضرر مدفوع كما مر (ولا تفسخ الا بعذر) كما في الاجارات (ومنه كون العامل عاجزا عن العمل) فانه لو لم تفسخ لزمه استئجار الاجراء فيلحق به ضرر لم يلتزمه بعقد المساقاة وقد مر أن الضرر مدفوع (أو) كون العامل سارقا (يخاف على ثمره) أي ثمر الشجر (أو سعفه) السعف بالتحريك جمع سعفة وهي غصن النخل كذا في الصحاح

﴿كتاب الدعوى﴾

اوردها عقيب المعاملات لانها تترتب عليها في الوجود (هي) لغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره والفها للتأنيث فلا تنون وجمعها دعاوى بفتح الواو كفتوى وفتاوى وشرعا (مطالبة حق) من حقوق العباد (عند من) وهو القاضي (له الخلاص) أي تخليصه من المدعى عليه (اذا ثبت والمدعي من اذا ترك ترك) أي لا يجبر على الخصومة اذا تركها ولما كان هذا متناولا للاغلب من المتنازعين فعلا احترز عنه بقوله (من المتنازعين قولا) ولما كان هذا متناولا للمتنازعين في المباحثة احترز عنه بقوله (في الحق) أي حق العبد (والمدعى عليه بخلافه) أي يجبر على الخصومة اذا تركها فانطبق الحد على المحدود وقد اختلفت عبارات المشايخ في حده والصحيح ما ذكرنا قيل المدعى عليه هو المنكر والآخر هو المدعي قالوا هذا حد صحيح ولكن الشأن في معرفته لان العبرة للمعاني دون الصور والمباني فان الكلام قد يوجد من الشخص في صورة الدعوى وهو انكار معنى كالمودع اذا ادعى رد الوديعة أو هلاكها فانه مدع صورة ومنكر لوجوب الضمان معنى ولهذا يحلفه القاضي اذا ادعى رد الوديعة أو هلاكها انه لا يلزمه رد ولا ضمان ولا يحلفه انه رده لان اليمين ابدا تكون على النفي (وركنها) أي الدعوى (اضافة الحق الى نفسه)

(قوله لان في انتقاض العقد بموته اضرارا بالعامل) ظاهره بقاء العقد وقد ذكرانها تبطل بموت أحدهما فليتأمل

﴿كتاب الدعوى﴾

(قوله هي لغة الخ) أحد ما قيل فيها لان الزيلعي قال وهي في اللغة عبارة عن اضافة الشيء الى نفسه مطلقا من غير منازعة أو مسالمة ثم قال وقيل الدعوى في اللغة قول يقصد به الانسان الى آخر ما قاله المصنف (قوله وجمعها دعاوى) بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى كذا قال في الكافي والتبيين وقال ابن الشحنة في شرح المنظومة وتجمع على دعاوي بكسر الواو على الاصل وبفتحها محافظة على ألف التأنيث وبه يشعر كلام ابن ولاد وبالاول يشعر كلام سيبويه اه واسم الفاعل مدع والمفعول مدعى عليه والمال مدعى والمدعى به خطأ والمصدر الادعاء (قوله عند من له الخلاص) اللام بمعنى على أي عليه الخلاص وهو القاضي ينبغي أن يقال كذا الحكم لانه يلزم الخصم بالحق ويخلصه (قوله قيل المدعى عليه هو المنكر والآخر المدعي) قائله محمد في الاصل قاله الزيلعي وقال وهذا صحيح غير أن التمييز بينهما يحتاج الى فقه وحدة ذكاء اذ العبرة للمعاني الى آخر ما قاله المصنف (قوله وركنها) اضافة الشيء الى نفسه كذا في الكافي وقال في البدائع أما ركن الدعوى فهو قول الرجل لي على فلان أو قبل فلان كذا وقضيت حق فلان أو ابرأني عن حقه ونحو ذلك فاذا قال ذلك فقد تم الركن

(قوله وأهلها العاقل المميز) قال فى البدائع ويشترط أهلية المدعى عليه فلا تصح الدعوى على مجنون وصبي لا يعقل حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البينة (قوله وشرط جوازها مجلس القاضى) المراد بالجواز اللزوم لتكون ملزمة للخصم الجواب فخرج الحكم (قوله أقول درايته وجهه موقوفة على مقدمتين الخ) ليس دفعا لما يدعيه صدر الشريعة من الشمول وفيه ما يؤيد مدعى صدر الشريعة وهو ما ذكر من المقدمة الثانية من ان الشبهة معتبرة يجب دفعها اه ولا شك أن الشبهة كون يد المدعى عليه على ما فى يده من عقار أو منقول بحق فتندفع بقول المدعى انها بغير حق ولا يختص المنقول بهذا اه وأما ما رتبه المصنف على المقدمتين بقوله فاعلم أن فى ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد الخ فغير محل النزاع لانه انما هو فى انه هل يجب فى دعوى العقار ذكر انه فى يده بغير حق كالمنقول أو لا يجب لان العقار هل تثبت فيه اليد بالتصادق كالمنقول أو لا وذكر البرجندى له وجها ثم قال هذا وقد نقل عن ظهير الدين المرغينانى انه لا بد فى دعوى العقار من معرفة القاضى كونه فى يد المدعى عليه فيذكر المدعى أنه فى يده اليوم بغير حق كذا فى الفصول العمادية وعلى هذه الرواية لا يحتاج الى الفارق اه قلت وكذا قال فى القنية ادعى عليه وذكر أن هذا المحدود كان ملكك بعته من فلان وسلمته اليه وذلك المشترى باعها منى وسلمها الى فاليوم ملكى بهذا السبب وفى يدك بغير حق وأقام البينة تصح هذه الدعوى والبينة اه فتصريحهم بأنه يجب فى المنقول أن يقول فى يده بغير حق لا ينفى الحكم عما عداه وقد وجد فى تصويرهم الدعوى فى العقار التصريح به (قوله وطلب احضاره ان أمكن) اى فيكلف المدعى عليه باحضار العين (قوله وذكر قيمته ان تعذر) من التعذر أن يكون له حمل ومؤنة وهو أن لا يحمل الى مجلس القاضى الا بأجر وقيل ما لا يمكن رفعه بيد واحدة فهو ماله حمل ومؤنة وهذا اذا كانت العين قائمة فلو كانت هالكة فهو دعوى الدين فى الحقيقة كما فى جامع الفتاوى

ان كان أصيلا (أو) الى (من ناب) أى المدعى (منابه) كما فى الوكيل وأبى الصغير ووصيه (عند النزاع) متعلق باضافة الحق (وأهلها) أى الدعوى (العاقل) خرج به المجنون (المميز) خرج به الصبي الغير المميز قال الاستروشنى فى جامع أحكام الصغار الدعوى من الصبي المحجور عليه غير صحيحة أما الصبي المأذون له فدعواه صحيحة ان كان مدعيا وان كان مدعى عليه فجوابه أيضا صحيح (وشرط جوازها مجلس القاضى) فان الدعوى فى مجلس غيره لا تصح حتى لا يجب على المدعى عليه جوابه (وحكمها وجوب الجواب على الخصم) وهو المدعى عليه حتى اذا امتنع عنه أجبره القاضى عليه (وانما تصح) أى الدعوى (اذا ألزمت شيأ على الخصم بعد ثبوتها) والا كان عبثا لا يقدم عليه عاقل (وعلم المدعى به) عطف على ألزمت أى صار ما يدعيه معلوما وبين ذلك بقوله (فلو كان) ما يدعيه (منقولا فى يد الخصم ذكر) أى مدعيه (انه فى يده بغير حق) فان الشئ قد يكون فى يد غير المالك بحق كالرهن فى يد المرتهن والمبيع فى يد البائع لاجل قبض الثمن قال صدر الشريعة هذه العلة تشمل العقار أيضا فلا أدرى ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم أقول درايته وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين احداهما أن دعوى الاعيان لا تصح الا على ذى اليد كما قال فى الهداية انما ينتصب خصما اذا كان فى يده والثانية ان الشبهة معتبرة يجب دفعها الا شبهة الشبهة كما قالوا ان شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة اذا عرفتهما فاعلم أن فى ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فانه فيه مشاهد فوجب دفعها فى دعوى العقار باثباته بالبينة لتصح الدعوى وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك شبهة الشبهة فلا تعتبر وأما اليد فى المنقول فلكونه مشاهدا لا يحتاج الى اثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى الحمد لله الهادى الى سواء السبيل وحسبنا الله ونعم الوكيل (وطلب) عطف على ذكر (احضاره) أى احضار ما يدعيه (ان أمكن ليشار اليه فى الدعوى والشهادة) لان الاعلام بأقصى ما يمكن شرط وذا فى المنقولات بالاشارة لانها أبلغ أسباب التعريف حتى قالوا فى المنقولات التى يتعذر نقلها كالرحى مثلا حضر الحاكم عندها أو بعث أمينا (و) ذكر (قيمته ان تعذر) أى احضاره ليصير المدعى معلوما لان الاعيان تتفاوت والشرط أن تكون الدعوى فى معلوم وقد تعذر مشاهدته فوجب ذكر قيمته لانها خلف عنه قال الفقيه أبو الليث يشترط مع ذكر القيمة ذكر الذكورة والانوثة وقال قاضيخان وصاحب الذخيرة ان كان

العين غائبا وادعى أنه فى يد المدعى عليه فأنكر ان بين المدعى قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته (ولو قال غصبت منى عين كذا ولو ادرى قيمته قالوا تسمع) قال فى الكافى وان لم يبين القيمة وقال غصبت منى عين كذا ولا ادرى أهو هالك أو قائم ولا ادرى كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب أنه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان قيمته لتضرر به أقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا انكر والجبر على البيان اذا أقر ونكل عن اليمين فليتأمل فان كلام الكافى لا يكون كافيا لابهذا التحقيق الحمد لله على التوفيق (ولو) كان ما بيده (عقارا ذكر حدوده) الاربعة لانه تعذر التعريف بالاشارة لانه مما لا ينقل فصار الى التحديد لان العقار يعرف به (ويكفى الثلاثة) وقال زفر لا لان التعريف لم يتم ولنا ان للاكثر حكم الكل (الا ان يغلط فى) الحد (الرابع) لان المدعى يختلف به بخلاف تركه (كذا الشهادة) أى كما يشترط التحديد فى الدعوى يشترط فى الشهادة وان ذكروا ثلاثة من الحدود فى الشهادة قبلت شهادتهم عندنا خلافا لزفر وان كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره وفى الدار لابد من التحديد وان كانت مشهورة عند أبى حنيفة وعندهما لا يشترط لان الشهرة مغنية عنه وله ان قدره لا يصير معلوما الا بالتحديد (و) ذكر أيضا (أنه يطالبه) لان المطالبة حق المدعى فلابد من طلبه (و) ذكر أيضا (أنه فى يد المدعى عليه) لانه انما يصير خصما بكونه فى يده (وهو) أى كونه فى يده (لا يثبت بتصادقهما) على أنه فى يده (بل يثبت (بالبينة أو علم القاضى) لاحتمال كون العقار فى يد غيرهما وقد تواضعا على ذلك بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهد كما مر فى الشهادة ادعى عينا فى يد رجل وأراد احضاره فى مجلس الحكم فأنكر المدعى عليه أن يكون فى يده فجاء المدعى بشاهدين شهدا أن هذا العين كان فى يد المدعى عليه قبل هذا التاريخ بسنة هل تسمع وهل يجبر المدعى عليه على احضاره بهذه البينة أم لا كانت واقعة الفتوى وينبغى أن تقبل لانه ثبت يده فى الزمان الماضى ولم يثبت خروجه من يده وقد وقع الشك فى زوال ذلك اليد فتثبت اليد ما لم يوجد المزيل قال شمس الائمة الحلوانى ومن المنقولات ما لم يمكن احضاره عند القاضى كالصبرة من الطعام والقطيع من الغنم والقاضى فيه بالخيار ان شاء حضر ذلك الموضع لو تيسر له ذلك وان لم يتيسر له الحضور وكان مأذونا بالاستخلاف بعث خليفته الى ذلك الموضع وهو نظير ما اذا كان القاضى يجلس فى داره ووقع الدعوى فى جمل ولا يسع باب داره فانه يخرج الى باب داره أو يأمر نائبه حتى يخرج ليشير اليه الشهود بحضرته وفى القدورى اذا كان المدعى شيأ يتعذر نقله كالرحى فالحاكم فيه بالخيار ان شاء حضر وان شاء بعث أمينا كذا فى الذخيرة وذكر القاضى الامام ظهير الدين المرغينانى ان هذا انما يستقيم اذا كان العين المدعى فى المصر أما اذا كان خارج المصر كيف يقضى به القاضى والمصر شرط لجواز القضاء فى ظاهر الرواية فطريقه أن يبعث واحدا من اعوانه حتى يسمع الدعوى والبينة ويقضى ثم بعد ذلك يمضى قضاءه (ولو) كان ما بيده (دينا فى الذمة ذكر

(قوله أقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا انكر والجبر على البيان اذا أقر ونكل عن اليمين الخ) يقال هل ثم شئ يتوهم غير ما ذكرت ليكون به الكلام غير كاف هذا وللقاضى زاده رحمه الله تعالى بحث فى هذا المحل (قوله ولو عقارا ذكر حدوده) يعنى وذكر اسماء اصحابها وانسابهم ولابد من ذكر جد كل واحد منهم ان لم يكن مشهورا بين الناس عند أبى حنيفة فى الصحيح من مذهبه كما فى التبيين واشار المصنف اليه بقوله ولو كان الرجل مشهورا يكتفى به صاحب الحد اه وقال فى البدائع لابد من بيان موضع المحدود وبلده ليصير معلوما اه فيعد من شرائط صحة الدعوى وقال فى الخلاصة ادعى محدودا فى موضع كذا وبين الحدود ولم يذكر ان المحدود ما هو أرض أو كرم أو دار لا تصح الدعوى وفى فوائد شمس الائمة السرخسى رحمه الله تعالى تصح اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم وذكر المصر أو القرية لازم اه (قوله بل بالبينة أو علم القاضى) هو الصحيح كما فى الكافى والسراج (قوله وقال شمس الائمة الحلوانى ومن المنقولات الخ) لعله انما ذكره هنا فى دعوى العقار وان كان من المنقول لانه لما لم يمكن احضاره صار كالعقار فناسب ذكره بعده (قوله ولو كان ما بيده دينا الخ) ومع هذا لابد من تعريفه بالوصف لان الدين يعرف به كما فى الكافى فليس ذكر القدر يغنى عن الوصف ولذا قال الزيلعى وان كان دينا ذكر وصفه ولابد من بيانه على وجه لا يبقى فيه خفاء

جنسه) كالدراهم والدنانير والبر والشعير ونحوها (وقدره) كمائة وألف وقفيز وقفيزين ونحوهما فان الدين لا يعرف الا بذلك (و) ذكر أيضا (مطالبته به) لما مر انه حقه (واذا صحت) أي الدعوى (سأل القاضي عنها) ليتضح وجه الحكم اذ الحكم بالبينة يخالف الحكم بالاقرار ومعنى سؤاله ان يقول ان خصمك ادعى عليك كذا وكذا فماذا تقول (فان أقر) أي الخصم (ألزم) أي القاضي (بموجبه) لم يقل قضى أو حكم لما قال في الكافي ان اطلاق لفظ القضاء توسع لان الاقرار حجة بنفسه ولا يتوقف على القضاء فكان الحكم من القاضي الزاما للخروج عن موجب ما أقر به بخلاف البينة على دعواه لان الاصل في فصل الخصومة البينة (وان أنكر) أي الخصم (سأل) أي القاضي (المدعي بينة) لان النبي صلى الله عليه وسلم قال ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على عدم البينة فلا بد من السؤال عنها ليتمكن من الاستحلاف (فان أقام) أي البينة (قضى عليه) لانه نور دعواه بالبينة فهي فعيلة من البيان فانها دلالة واضحة يظهر بها الحق على الباطل (والا) أي وان لم يقمها بل عجز عن اقامتها (حلفه) أي القاضي الخصم (بطلبه) أي طلب المدعي لان الحلف حقه ولهذا أضيف اليه بحرف اللام في الحديث وجه كونه حقا له ان المنكر قصد اتواء حقه على زعمه بالانكار فمكنه الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهي الغموس ان كان كاذبا كما يزعم وهو أعظم من اتواء المال و يحصل للحالف الثواب بذكر اسم الله تعالى وهو صادق على وجه التعظيم ولا بد أن يكون النكول في مجلس القضاء لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة ولا عبرة لليمين عند غيره وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه لكن ليس له أن يخاصم ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجدها أقامها وقضى له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعونها بعد اليمين ويقولون يترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي وهذا القول ليس بشيء لان عمر رضي الله تعالى عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب انه لا يظهر حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ذكره الزيلعي (فان نكل) أي قال لا أحلف (مرة أو سكت بلا آفة) من طرش أو خرس فانه نكول حكما (وقضى معه) لان اليمين واجبة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر ترك هذا الواجب بالنكول دليل على أنه باذل أو مقر والا لاقدم على اليمين تفصيا عن عهدة الواجب ودفعا للضرر عن نفسه ببذل المدعى أو لاقراره والشرع ألزمه التورع من اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فترجح هذا الجانب على جانب التورع في نكوله (وهو) أي القضاء (بعد عرض اليمين) أي عرض القاضي اليمين على الخصم بأن يقول ان لم تحلف أحكم عليك (ثلاثا أحوط) لاحتمال أن يحلف بعد مرة أو مرتين (ولا عبرة بعد القضاء لقوله أحلف) لانه أبطل حقه بالنكول فلا ينقض به القضاء (ويعتبر) أي قوله احلف (قبل

(قوله وان أنكر) قال في الاشباه لا يجوز للمدعى عليه الانكار اذا كان عالما بالحق الا في دعوى العيب فان للبائع انكاره ليقيم المشتري البينة عليه فيتمكن من الرد على بائعه وفي الوصي اذا علم بالدين ذكرهما في بيوع النوازل اهـ (قوله فهي فعيلة من البيان) وقيل فعيلة من البين اذ بها يقع الفصل بين الصادق والكاذب (قوله ولا بد أن يكون النكول في مجلس القاضي الى قوله ذكره الزيلعي) كان ينبغي ذكره بعد قوله الآتي فان نكل كما ذكره كذلك الزيلعي (قوله وهذا القول ليس بشيء) أي فهو مهجور غير مأخوذ به كما في التبيين (قوله فان نكل) أي قال لا أحلف نكول حقيقة وقوله أو سكت بلا آفة نكول حكما حكمه حكم الاول في الصحيح كما في الكافي (قوله وهو بعد عرض اليمين ثلاثا أحوط) أي ندبا وعن أبي يوسف ومحمد ان التكرار حتم حتى لو قضى القاضي بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح انه ينفذ وهو نظير امهال المرتد كما في التبيين وقال في الكافي ينبغي للقاضي أن يقول اني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعى وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو مجتهد فيه فكان مظنة الخفاء اهـ

الحكم ولو بعد العرض ثلاثا) اذ لا يلزم فيه نقض القضاء ولا فساد آخر (ولا ترد
اليمين على المدعي وان نكل خصمه) وعند الشافعي اذا لم يكن للمدعي بينة أصلا
وحلف القاضي المدعى عليه فنكل ترد اليمين على المدعي فان حلف قضى به والا
انقطعت المنازعة بينهما لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه
كما ادعى عليه وكذا اذا أقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه
ترد اليمين عليه فان حلف قضى له بما ادعى وان نكل لا يقضى له بشئ لانه صلى
الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين وعندنا يستحلف المدعى عليه فقط ويقضى عليه
بالنكول لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر ومطلق
التقسيم يقتضي انتفاء مشاركة كل واحد منهما عن قسم صاحبه فيدل على أن
جنس الايمان في جانب المدعى عليه ولا يمين في جانب المدعي اذ اللام في اليمين
للاستغراق فمن جعل الايمان حجة للمدعي فقد خالف النص وحديث الشاهد
واليمين غريب وما رويناه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا
يعارضه على أن يحيى بن معين قد رده كذا في الكافي (ولو قال) أي المدعى عليه
(لا أقر ولا أنكر حبسه) أي القاضي (حتى يقر أو ينكر) لانه ظالم فجزاؤه الحبس
(ادعى) أي رجل على آخر (مالا فأنكر) أي المدعى عليه (فاصطلحا على أن
يحلف المدعى عليه ويبرأ من المال فحلف فالصلح باطل وهو) أي المدعي (على
دعواه ان أقام بينة تسمع وان لم يقمها واستحلفه يحلفه القاضي لولا) أي لو لم يكن
الحلف (الاول) حين الصلح (عنده) فان التحليف عند غير القاضي لا يعتبر كما ان
النكول عند غيره لا يوجب الحق لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة واليمين عند غير
القاضي غير قاطعة (ولو) كان الحلف الاول (عنده كفى) ولا يحلفه ثانيا (كذا
لو اصطلحا على أن المدعي لو حلف فالخصم ضامن وحلف) أي المدعي (لم
يضمن) أي الخصم كذا في العمادية (لا تحليف في نكاح) بأن ادعى رجل على
امرأة أو هي عليه نكاحا والآخر منكر (ورجعة) بأن ادعت هي عليه أو هو عليها
بعد العدة أنه راجعها في العدة وأنكر الآخر (وفيء ايلاء) بأن ادعى المولى عليها
أو هي عليه بعد المدة أنه فاء في المدة وأنكر الآخر (واستيلاد) بأن ادعت أمة على
سيدها أنها ولدت منه هذا الولد أو ولدت ولدا قد مات أو أسقطت سقطا مستبين
الخلق منه وأنكر المولى ولا يتأتى من الجانب الآخر اذ لو ادعى المولى يثبت
الاستيلاد باقراره ولا يعتبر انكارها (ورق) بأن ادعى على مجهول النسب أنه
عبده أو ادعى المجهول أنه عبده وأنكر الآخر (ونسب) بأن ادعى على مجهول
النسب أنه ابنه أو هو يدعي عليه والآخر منكر (وولاء) بأن ادعى على معروف
الرق أنه معتقه أو مولاه أو ادعى المعروف ذلك عليه أو كان ذلك في ولاء الموالاة
والآخر منكر (وحد) سواء كان حدا هو خالص حق الله تعالى كحد الزنا وشرب
الخمر وحد السرقة أو دائرا بين الحقين كحد القذف حتى ان من ادعى على آخر أنه
قذفه وأنكر القاذف لا يستحلف لان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا فالتحق
بالحدود الخالصة لله تعالى وأما في السرقة فان السارق يستحلف لاجل المال اذا

(قوله فان حلف قضى به والا انقطعت
المنازعة بينهما) يعني من حيث عدم
التحليف ثانيا الا من حيث اقامة البينة
لقبولها بعد التحليف (قوله ولو قال لا أقر
ولا أنكر حبسه) يشير الى انه انكار وهو
الاشبه لان قوله لا أقر ولا أنكر اخبار عن
السكوت عن الجواب والسكوت انكار
على ما مر وقال بعضهم هذا اقرار كما في
البدائع

اراد المالك اخذ المال لا القطع فيقال له دع ذكر السرقة وادع تناول مالك فيكون لك عليه يمين قال في النهاية لا يستحلف في الحدود بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل يثبت العتق لا الزنا (واللعان) بان تدعي المرأة القذف بالزنا ووجوب اللعان وهو ينكر جميع ما ذكر قول أبي حنيفة وقالا يستحلف فيها كلها الا في الحد واللعان لان هذه حقوق تثبت بالشبهات فيجري فيها الاستحلاف كالاموال بخلاف الحدود وهذا لان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان الحالف لما وجب فتركه دليل على أنه باذل او مقر ولا يمكن ان يجعل باذلا لان النكول يعتبر من المأذون والمكاتب وهما لا يملكان البذل فيجعل مقرا ضرورة والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة لانه سكوت في نفسه والسكوت محتمل فلا يكون حجة فيما يسقط بالشبهات واللعان حد الازواج فاشبه حد القذف وانما ان النكول بذل واباحة اذ لو حمل على الاقرار لكذبناه في الانكار ولو جعل بذلا قطع الخصومة بلا تكذيب فكان هذا أولى صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب وهذه حقوق لا يجري فيها البذل فلا يقضى فيها بالنكول كالقصاص في النفس بخلاف الاموال وذلك لان المرأة لو قالت مثلا لا نكاح بيني وبينك ولكني بذلت نفسي لك لم يصح كلامها وكذا سائر الامثلة فالحاصل ان كل محل يقبل الاباحة بالاذن ابتداء يقضى عليه بنكوله وما لا فلا قال قاضيخان الفتوى على قولهما وقيل ينبغي للقاضي أن ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان كان مظلوما لا يحلفه اخذا بقوله كذا في الكافي (ويحلف السارق وان نكل ضمن ولم يقطع) لانه في السرقة يدعي المال والحد وايجاب الحد لا يجامعه الشبهة بخلاف ايجاب المال فيثبت به كما يثبت بشهادة رجل وامرأتين حيث لا يثبت القطع ويضمن المال (كذا الزوج اذا ادعت طلاقا قبل الدخول) يعني اذا ادعت طلاقا قبل الدخول واستحلف الزوج (فان نكل ضمن نصف مهرها) عندهم لان الاستحلاف يجري في الطلاق اتفاقا خصوصا اذا كان المقصود المال (وكذا النكاح اذا ادعت هي الصداق) لانه دعوى المال حقيقة فيثبت بنكوله المال لا النكاح (و) كذا (النسب اذا ادعى حقا) يعني يحلف في دعوى النسب اذا ادعى حقا (كارث ونفقة) بان ادعى رجل على رجل أنه أخوه مات أبوهما وترك مالا في يد المدعى عليه أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب بالاجماع فان حلف برئ وان نكل قضى بالمال والنفقة لا النسب (وحجر في اللقيط) بان كان صبي في يد رجل التقطه وهو لا يعبر عن نفسه فادعت امرأة حرة الاصل انه أخوها تريد قصر يد الملتقط لما لها من حق الحضانة وارادت استحلافه فنكل يثبت به لها حق نقل الصبي الى حجرها ولا يثبت النسب (وعتق بالملك) بان ادعى عبد على مولاه أنه معتق لانه أخوه واستحلفه فان حلف برئ وان نكل قضى بالعتق لا النسب (وامتناع الرجوع في الهبة)

بان

(قوله قال في النهاية لا يستحلف في الحدود بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا الخ) يرد عليه ما في البدائع من قوله واما في دعوى القذف اذا حلف على ظاهر الرواية فنكل يقضى بالحد في ظاهر الاقاويل لانه بمنزلة القصاص في الطرف عند أبي حنيفة وعندهما بمنزلة النفس وقال بعضهم هو بمنزلة سائر الحدود لا يقضى فيه بشئ ولا يحلف لانه حد وقيل يحلف ويقضى فيه بالتعزير دون الحد كما في السرقة يحلف ويقضى بالمال دون القطع اه فليتأمل (قوله وانما) أي القائلين بقول الامام (قوله قال قاضيخان الى كذا في الكافي) نصه قال القاضي فخر الدين في الجامع الصغير والفتوى على قولهما اه والاختلاف في التحليف في الاشياء المذكورة اذا لم يقصد بها المال ولو قصد يحلف فيها بالاجماع كما في المواهب واذا ادعى القتل خطأ حلف على السبب عند أبي يوسف بالله ما قتلت الا اذا عرض وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك وانما حلف على هذا الوجه لاختلاف المشايخ في الدية في فصل الخطأ انها تجب على العاقلة ابتداء وتجب على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة فان حلف برئ وان نكل يقضى عليه بالدية في ماله كما في البدائع

بان أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له أنا أخوك فإن المدعى عليه يستحلف على ما يدعي من النسب بالإجماع (فإن نكل) في الصور المذكورة (ثبت الحق) يعني الإرث والنفقة والحجر والعتق وامتناع الرجوع (لا النسب إن كان) أي النسب (نسبا لا يصح الإقرار به وإلا) أي وإن كان نسبا يصح الإقرار به (فعلى الخلاف) يعني يستحلف في النسب المجرد عندهما إذا كان نسبا يثبت بإقراره بيانه أن إقرار الرجل يصح بالأب والابن والزوجة والمولى وإقرار المرأة يصح بالأب والزوج والمولى ولا يصح بالابن إذ فيه تحميل النسب على الغير فكان إقرارا على الغير فلا يصح فلو ادعى رجل أنه أبوه أو ابنه ولم يدع مالا يستحلف عندهما لأنه لو أقر به يثبت فيستحلف لرجاء النكول الذي هو إقرار وإن ادعى أنه أخوه أو عمه أو نحو ذلك لا يستحلف المدعى عليه لأنه لو أقر به لا يثبت لأن فيه تحميل النسب على الغير (يحلف منكر القود) يعني ادعى على غيره قصاصا في النفس أو فيما دونها إذا أنكر استحلف اجماعا (فإن نكل في النفس) لم يقض بقتل ولا دية بل (حبس حتى يقر أو يحلف وفيما دونها يقتص) عند أبي حنيفة وعندهما تلزمه الدية فيهما ولا يقضى بالقصاص لأن القصاص فيما دون النفس عقوبة تندرئ بالشبهات ولا يثبت بالنكول كالقصاص في النفس لأن النكول وإن كان إقرارا عندهما ففيه شبهة العدم لأنه إن امتنع عن اليمين تورعا عن اليمين الصادقة لا يكون إقرارا بل يكون بذلا وإذا امتنع القود تجب الدية وله أن الأطراف محل البذل فيستوفي بالنكول كالمال فإن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للنفس كالمال فيجري فيها البذل بخلاف الأنفس (ويحلف في التعزير) يعني إذا ادعى على آخر ما يوجب التعزير وأراد تحليفه إذا أنكر فالقاضي يحلفه لأن التعزير محض حق العبد ولهذا يملك العبد إسقاطه بالعفو ولا يمنع الصغر وجوبه ومن عليه التعزير إذا أمكن صاحب الحق منه أقامه ولو كان حق الله تعالى لكانت هذه الأحكام على عكس هذا والاستحلاف يجري في حقوق العباد سواء كانت عقوبة أو مالا (فإن نكل عزر) لأن التعزير يثبت في الشبهات فجاز أن يقضى فيه بالنكول (قال) أي المدعي (لي بينة حاضرة في المصر واستحلف الخصم لا يحلف) قيد بالمصر لأنها إذا حضرت في مجلس الحكم لا يحلف اتفاقا كذا في النهاية (ويكفل بنفسه ثلاثة أيام) لئلا يغيب ويبطل حق المدعي ويجب أن يكون الكفيل معروف الدار لتحصل فائدة التكفيل فلا بد للتكفيل من قوله لي بينة حاضرة في المصر حتى لو قال لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل إذ لا فائدة فيه (فإن أبى) أن يعطيه كفيلا (لازمه) أي دار معه حيث سار حتى لا يغيب (و) لازم (الغريب) إن كان الخصم غريبا (ولا يكفل) أي الغريب (إلا إلى آخر المجلس) لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على قدر المجلس إضرارا بالغريب لمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا القدر ظاهرا (والحلف بالله تعالى) دون غيره لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم

(قوله قال أي المدعي لي بينة حاضرة في المصر) أي في المجلس واستحلف الخصم لا يحلف أي عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يحلف وقول محمد مضطرب فكانت المسألة مجتهدا فيها فيعتمد القاضي فإن رأى الميل إلى قول أبي حنيفة لا يحلفه وإن رأى الميل إلى قول أبي يوسف يحلفه اهـ كما في الفتاوى الصغرى عن أدب القاضي للخصاف (قوله قيد بالمصر الخ) يشير إلى أنه يحلف لو كانت خارج المصر وهو بالإجماع كما في التبيين (قوله ويجب أن يكون الكفيل معروف الدار) المراد به أن يكون ثقة معروفا بين الناس لا يتوهم اختفاؤه حتى تحصل به فائدة التكفيل استحسانا والقياس أن لا يلزم الكفيل كما في التبيين (قوله ولازم الغريب) وله أن يطالب وكيلا بخصومته حتى لو غاب الأصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضى عليه وإن أعطاه وكيلا له أن يطالب بالكفيل بنفس الوكيل وإن أعطاه كفيلا بنفس الوكيل فله أن يطالب بالكفيل بنفس الأصيل إن كان المدعى دينا ولو أخذ كفيلا بالمال فله أن يطالب كفيلا بنفس الأصيل وإن كان المدعى منقولا فله أن يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها وإن كان المدعى عقارا لا يحتاج إلى ذلك لأنه لا يقبل التغييب كما في الكافي والتبيين (قوله والحلف بالله تعالى) أي للناطق وأما الأخرس فقال في الفتاوى الصغرى والخانية كيفية تحليف الأخرس أن يقال له عليك عهد الله وميثاقه إن كان كذا فيشير بنعم ولو يحلف بالله تعالى إنه كان كذا لأنه إذا قال نعم يكون إقرارا لا يمينا اهـ وأشار المصنف إلى أنه لو طلب الغريم تحليف الشاهد أو المدعي أنه لا يعلم أن الشاهد كاذب لا يجيبه القاضي لأنا أمرنا بإكرام الشهود والمدعي لا يجب عليه اليمين لا سيما إذا أقام بينة كما في التبيين

حالفا أي يحلف بالله أو بنذر (لا الطلاق والعتاق) لما روينا (الا اذا ألح الخصم) يعني
جاز للقاضي أن يحلفه بالطلاق أو العتاق لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى في زماننا
(لكن اذا نكل لا يقضى واذا قضى لم ينفذ) ذكره الزيلعي وشراح الهداية (وتغلظ)
أي اليمين (بصفاته تعالى) كأن يقول القاضي قل والله الذي لا اله الا هو عالم
الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان
هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وللحاكم ان
يزيد في التغليظ على هذا وان ينقص منه لكنه يحتاط فلا يذكر بلفظ الواو لئلا
يتكرر عليه اليمين اذ اللازم عليه يمين واحدة وله ان لا يغلظ ويقول بالله أو والله لان
المقصود منه النكول وأحوال الناس فيه مختلفة فمنهم من يمتنع اذا غلظ عليه
اليمين ويتجاسر اذا لم يغلظ فكان الرأي فيه الى القاضي وقيل لا يغلظ على المعروف
بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال لا الحقير (لا) أي لا يغلظ
(بالزمان والمكان) وعند الشافعي يغلظ بهما أما الاول فبأن يكون بعد صلاة العصر
يوم الجمعة وأما الثاني فبأن يكون في المسجد الجامع عند المنبر (وحلف اليهودي
بالله الذي أنزل التوراة على موسى والنصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى
والمجوسي بالله الذي خلق النار) فيغلظ على كل واحد بما يعتقد لتغليظ اليمين به
ليكون رادعا له عن الاقدام على اليمين الكاذبة وعن أبي حنيفة أنه لا يحلف أحد
الا بالله خالصا تفاديا عن تشريك الغير معه في التعظيم وذكر الخصاف انه لا يحلف
غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لما في ذكر النار في
اليمين من تعظيم النار لان اليمين تشعر به ولا ينبغي أن يعظم النار بخلاف التوراة
والانجيل لان كتب الله تعالى واجبة التعظيم (و) لا يحلف (الوثني) الا (بالله) اذ
الكفرة كلهم مع افتراق نحلهم يقرون بالله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من
خلق السموات والارض ليقولن الله كذا في الكافي (ولا يحلفون في معابدهم)
لان فيه تعظيمها (ويحلف على الحاصل في سبب يرتفع كالبيع والنكاح والطلاق
والغصب والتعزير) وبين التحليف بقوله (بالله ما بينكما بيع قائم أو نكاح قائم
الآن أو ما هي بائن منك الآن أو ما يجب عليك رده الآن أو ما يجب عليه لك حق
التعزير الآن لا) أي لا يحلف (على السبب) وبينه بقوله (ما بعته ونحوه) أي
ما نكحتها أو ما طلقتها أو ما غصبته وما شتمته الاصل ان الدعوى اذا وقعت في سبب
يرتفع بعد وقوعه كالبيع ونظائره فان اليمين يكون على الحاصل لا على السبب

(قوله لا الطلاق والعتاق الا اذا ألح الخصم) كذا في الكنز وقال صاحبه في الكافي ولا يحلف بالطلاق والعتاق لما روينا وقيل
في زماننا اذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بالطلاق اهـ ورأيت عن النهاية ذكر الامام قاضيخان في فتاواه ان أراد المدعي
تحليفه بالطلاق والعتاق في ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي الى ذلك لان التحليف بالطلاق أو العتاق ونحوه ذلك حرام وبعضهم جوز
ذلك في زماننا والصحيح ظاهر الرواية اهـ ٣٣٦ وفي الفتاوى الصغرى التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجز عند
أكثر مشايخنا وأجازه البعض وبه أفتى
الامام أبو علي ابن الفضل بسمرقند فيفتى
انه لا يجوز وان مست الضرورة يجوز فاذا
بالغ المستفتي في الفتوى يفتى أن الرأي
للقاضي اتباعا لهؤلاء السلف ولو حلف
بالطلاق ثم أقيمت البينة على المال هل
يفرق بينهما مذكورة آخر الباب الثاني
من شهادات الجامع وهي في الواقعات
اهـ وفي فصول العمادي الفتوى في
مسئلة الدين انه اذا ادعى من غير السبب
فحلف ثم أقام البينة يظهر كذبه وان
ادعى الدين بناء على السبب ثم حلف انه
لا دين عليه ثم أقام البينة على السبب
لا يظهر كذبه بالبينة وتمامه فيه فليراجع
(قوله لكنه يحتاط فلا يذكر بلفظ الواو)
قال الزيلعي فلو أمره بالعطف فأتى
بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضى عليه
بالنكول لان المستحق عليه يمين واحدة
وقد أتى بها اهـ (قوله وأما الاول فبأن
يكون بعد صلاة العصر) لم يقصره الامام
الشافعي على هذا كما يعلم من الكافي
والزيلعي وغيرهما (قوله وحلف اليهودي
بالله الذي أنزل التوراة على موسى) عليه
السلام قال في البدائع ولا يحلف على
الاشارة الى مصحف معين بأن يقول بالله
الذي أنزل هذا التوراة أو الانجيل لانه
ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن أن تقع
الاشارة الى الحرف المحرف فيكون
التحليف به تعظيما لما ليس كلام الله
(قوله فان اليمين تكون على الحاصل
لا على السبب عند أبي حنيفة ومحمد الخ) كذا في الكافي مع ذكر بقية أمثلة المسائل ثم قال وعند أبي يوسف رحمه عند
الله تعالى يحلف في الجميع على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا أن يقول أيها القاضي قد يبيع الانسان شيئا ثم يقاله فحينئذ
يحلفه على الحاصل وعنه أنه ينظر القاضي الى انكار المدعى عليه ان أنكر السبب كالبيع ونحوه يحلف على السبب وان أنكر
الحكم يحلف على الحاصل عليه أكثر القضاة قال فخر الاسلام يفوض الى رأي القاضي اهـ وقال الزيلعي رحمه الله تعالى وهذا
الخلاف فيما اذا كان السبب يرتفع برافع كما سيذكره المصنف فكان عليه أن يذكر قول أبي يوسف

عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى اذا ادعى انه ابتاع من هذا عبدا بألف فجحد حلف بالله ما بينكما بيع قائم ولا يحلف بالله ما بعت فلعله باع ثم أقال كذا النكاح وغيره ثم التحليف على الحاصل لا على السبب هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع (الا اذا كان فيه) أي في الحلف على الحاصل (ترك النظر للمدعى فيحلف على السبب) اجماعا (كدعوى شفعة بالجوار ونفقة مبتوتة) فانه اذا ادعى شفعة بالجوار والمشترى ممن لا يراها بان كان شافعيا فانه يحلف على السبب اذ لو حلف على الحاصل بالله ما هو مستحق للشفعة يصدق في يمينه في اعتقاده فيفوت النظر في حق المدعى وكذا اذا ادعت مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها لكونه شافعيا فانه يحلف على السبب اذ لو حلف على الحاصل بالله ما لها عليك النفقة يصدق في يمينه في اعتقاده فيفوت النظر في حق المدعى (ويحلف على سبب لا يرتفع) برافع بعد ثبوته لا على الحاصل اجماعا (كعبد مسلم يدعى عتقه) فانه اذا ادعى عتقه على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب بالله ما أعتقه لعدم الضرورة الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز ان يعود الرق بعد العتق مسلما (بخلاف الامة والعبد الكافر) حيث يحلف فيهما على الحاصل أي ما هي حرة أو ما هو حر في الحال لامكان تكرر الرق على الامة بالردة واللحاق والسبي وعلى العبد الكافر بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم (استحلف خصمه فقال حلفتني مرة فاقام البينة تقبل) يعني ادعى على آخر مالا فانكر واراد المدعى تحليفه فقال المدعى عليه انك حلفتني على هذه الدعوى عند قاضي بلد كذا فانكر المدعى ذلك فأقام المدعى عليه بينة على ذلك تقبل (ولولاها) أي ان لم يكن له بينة (واستحلفه) أي أراد تحليف المدعى (جاز) أي تحليفه (قال) أي المدعى (لا بينة لي ثم برهن أو لا شهادة لي ثم شهد) معنى الاول ان يقول المدعى ليس لي بينة على دعوى هذا الحق ثم جاء بالبينة ومعنى الثاني ان يقول الشاهد لا شهادة لفلان عندي في حق بعينه ثم شهد به (فيه روايتان) في رواية لا تقبل لظاهر التناقض وفي رواية تقبل (والاصح القبول) لجواز ان يكون له بينة أو شهادة فنسيها ثم ذكرها أو كان لا يعلمها ثم علمها (قيل تقبل ان وفق وفاقا) ذكره في الملتقط (كذا اذا قال لا دفع لي ثم أتى بدفع) أي فيه روايتان وقيل لا يصح دفعه اتفاقا لان معناه ليس لي دعوى الدفع ومن قال لا دعوى لي قبل فلان ثم ادعى عليه لا تسمع كذا ههنا وبعضهم قال يصح وهو الاصح لان الدفع يحصل بالبينة على الدفع لا بدعوى الدفع فيكون قوله لا دفع لي بمنزلة قوله لا بينة لي كذا في العمادية (النيابة تجري في الاستحلاف) يعني يجوز ان يكون الشخص نائبا عن آخر له حق على غيره في طلب اليمين من المدعى عليه اذا عجز عن اقامة البينة (لا الحلف) يعني لا يجوز ان يكون شخص نائبا عن شخص آخر توجه عليه اليمين ليحلف من قبله وفرع على الاول بقوله (فالوكيل والوصي والمتولي وابو الصغير يستحلف) أي يطلب الحلف من الخصم (ولا يحلف) أي واحد من الوكيل وغيره (الا اذا صح اقراره) أي اقرار واحد منهم (على الاصيل كالوكيل بالبيع أو الخصومة في الرد بالعيب) فان الوصي اذا

(قوله الا اذا كان فيه أي في الحلف الخ) ينبغي القاضي فينظر مذهب الخصم ويحتاط ولو كان الخصم حنفيا لكن لا يكون قد رأى مذهب الشافعي فيحلف معتقدا له صادقا نسأل الله أن يبصرنا بعيوب أنفسنا ويمن بالمغفرة والعفو والعافية (قوله استحلف خصمه الخ) قول المدعى عليه انك حلفتني عند قاضي بلد كذا ليس قيدا لما انه لو كان محكما وحلف الخصم ليس للمدعى تحليفه عند القاضي لانه استوفى حقه بالتمام كما في الفتاوى الصغرى (قوله ولا يحلف أي واحد من الوكيل وغيره الا اذا صح اقراره) هذا ضابط للتحليف كما قال في الفتاوى الصغرى كل من لو اقر بشيء لا يجوز اقراره لا يحلف اذا أنكر لكن ادعى على ميت مالا وقدم الوصي الى القاضي ولا بينة للمدعى فاراد يمين الوصي ان كان الوصي وارثا حلفه لان اقراره جائز في حصة نفسه وان لم يكن وارثا لا يحلفه اهـ ومثله في الخانية

خوصم فى عيب مبيع باعه الصغير لا يستحلف والوكيل بالبيع أو الخصومة فى الرد
بالعيب من جهة المالك يستحلف لان اليمين لرجاء النكول ولو أقر الوصى صريحا
لا يصح فلذا لا يستحلف فاما الوكيل فاقراره صحيح على الموكل فكذا نكوله
(التحليف على فعل نفسه) يكون (على البتات) أى انه ليس كذلك والبتات
القطع (و) التحليف (على فعل غيره) يكون (على العلم) أى انه لا يعلم انه كذلك
وجه الاول ظاهر واما وجه الثانى فلانه لا يعلم ما فعل غيره ظاهرا فلو حلف على
البتات لامتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيها فيتضرر به فطولب بالعلم فاذا لم يقبل مع
الامكان صار باذلا او مقرا هذا أصل مقرر عند أئمتنا وكان الامام فخر الاسلام يزيد
عليه حرفا وهو ان التحليف على فعل غيره على العلم (الا اذا كان) أى فعل الغير
(شيأ يتصل به) أى بالحالف وفرع عليه بقوله (فاذا ادعى سرقة العبد أو اباقه
يحلف) أى البائع (على البتات) مع انه فعل الغير يعنى ان مشترى العبد اذا ادعى انه
سارق أو آبق واثبت اباقه أو سرقته فى يد نفسه وادعى انه آبق أو سرق فى يد البائع
وأراد التحليف يحلف البائع بالله ما أبق بالله ما سرق فى يدك وهذا تحليف على فعل
الغير وانما صح (لان تسليمه) أى تسليم البائع المبيع (سليما) عن العيوب (واجب
عليه) أى البائع فالتحليف يرجع الى ما ضمن البائع بنفسه فيكون على البتات
(فاذا ادعى سبق الشراء) تفريع على قوله وعلى فعل غيره على العلم يعنى اذا اشترى
زيد من عمرو شيأ ثم ادعى بكر انه اشتراه قبله وعجز عن البينة (يحلف خصمه) وهو
زيد (على العلم) أى اشتراه انه لا يعلم انه قبله لما مر (كذا اذا ادعى دينا أو عينا على
وارث) أما الاول فبأن يقول رجل لآخر ان لى على مورثك ألف درهم فمات
وعليه الدين وأما الثانى فبأن يقول ان هذا العبد الذى ورثت من فلان ملكى
وبيدك بغير حق ولا بينة لواحد منهما فان الوارث (يحلف على العلم لا البتات) لما
ذكر (اذا علم القاضى كونه ميراثا أو أقر به المدعى أو برهن الخصم عليه) كذا فى
العمادية (ولو ادعاه) أى الدين أو العين (الوارث) على غيره (يحلف) أى
المدعى عليه (على البتات) لا العلم لما ذكر (كالموهوب له والمشترى) أى
لو وهب رجل لرجل عبدا فقبضه أو اشترى رجل من رجل عبدا فجاء رجل وزعم
ان العبد عبده ولا بينة له فأراد استحلاف المدعى عليه يحلف على البتات (ادعى
رجل (منكوحة الغير انها منكوحته ولا بينة له) أى للمدعى (يحلف الزوج على
العلم) أى انه لا يعلم انها منكوحته (فان حلف انقطع النزاع وان نكل حلفت)
أى المرأة (على البتات) أى انها ليست امرأته (فان نكلت قضى بنكاح المدعى)
كذا فى العمادية اعلم ان كل موضع وجب فيه اليمين على البتات فحلف على العلم
لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وكل موضع وجب
فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ويقضى
عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس ذكره
الزيلعى (ادعى أشياء مختلفة يحلف على الكل مرة) فى العمادية ادعى أعيانا
مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة ولم يذكر قيمة كل عين

(قوله ادعى رجل منكوحة الغير)
يعنى قبل نكاحه ثم انها لا تحلف
عند أبى حنيفة وعندهما لا تستحلف
المرأة ما لم يحلف الزوج لانها لو أقرت
بذلك لا يجوز اقرارها على الزوج الثانى
لكن يحلف الزوج الثانى أولا بالله
ما يعلم ان هذا تزوجها قبلك الى آخر
ما قاله المصنف كما فى الفتاوى الصغرى
(قوله اعلم ان كل موضع وجب فيه
اليمين على البتات الخ) حكاه سعدى
شلبى رحمه الله تعالى ثم قال فيه بحث أما
أولا فلان قوله لا يقضى عليه بالنكول
ولا يسقط اليمين ليس كما ينبغى بل الائق
أن يقضى بالنكول فانه اذا نكل عن
الحلف على العلم ففى البتات أولى
والجواب المنع لجواز أن يكون نكوله
لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا
يحلف حذرا عن التكرار فليتأمل وأما
ثانيا فلان قوله فيقضى عليه اذا نكل
الخ محل تأمل فانها اذا لم تجب عليه كيف
يقضى عليه اذا نكل اهـ وقال يعقوب
باشا بعد نقله عن النهاية وفيه كلام وهو ان
الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم
وجوب اليمين على البتات كما لا يخفى
فليتأمل اهـ (قوله ادعى أشياء مختلفة
الخ) كذا فى الصغرى ثم قال بعده وقال
الفقيه أبو جعفر ان كان المدعى عرف
منه التعنت حينئذ يؤمر بجمع الدعاوى
وان كان غير معروف بذلك لم يكلفه
جمعها اهـ

على حدة اختلاف المشايخ فيه بعضهم شرط التفصيل وبعضهم اكتفى بالاجمال
وهو الصحيح لان المدعى لو ادعى غصب هذه الاعيان لا يشترط لصحة الدعوى بيان
القيمة لكن ان ادعى ان الاعيان قائمة في يده يؤمر باحضارها فتقبل البينة بحضرتها
وان قال انها قد هلكت في يده أو استهلكها وبين قيمة الكل جملة تسمع دعواه
وتقبل بينته وان لم تكن له بينة حلف على الكل مرة لان وجوب التحليف مبنى
على صحة الدعوى وقد صحت فوجب على الكل مرة (أقر بدين أو غيره ثم قال كنت
كاذبا في اقراري حلف المقر له أنه) أي المقر (لم يكن كاذبا فيه ولست بمبطل في
دعواك عليه) عند أبي يوسف وهو استحسان وعندهما يؤمر بتسليم المقر به الى
المقر له وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا كالبينة بل أولى لان احتمال
الكذب فيه أبعد وجه الاستحسان ان العادة جرت بين الناس انهم اذا أرادوا
الاستدانة يكتبون الصك قبل الاخذ ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار دليلا
على اعتبار هذه الحالة فيحلف وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس وكثرة الخداع
والخيانات وهو يتضرر والمدعى لا يضره اليمين ان كان صادقا فيصار اليه ذكره
الزيلعي (صح فداء اليمين والصلح منه) يعني اذا ادعى رجل على آخر مالا فأنكر
فاستحلف فافتدى يمينه بمال أو صالح عن يمينه على مال صح لما روى عن عثمان
رضي الله تعالى عنه انه ادعى عليه بأربعين درهما فأعطى شيأ وافتدى يمينه ولم
يحلف وعن حذيفة رضي الله تعالى عنه انه افتدى يمينه بمال ولانه لو حلف وقع في
القيل والقال فان بعض الناس يصدق وبعضهم يكذب فاذا افتدى يمينه صان
عرضه وهو حسن قال عليه الصلاة والسلام ذبوا عن أعراضكم بأموالكم (ولا يحلف
بعده) أي ليس للمدعى أن يستحلفه بعد ذلك لانه أسقط خصومته بأخذ البدل منه
بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم مثلا حيث لم يجز وكان له ان يستحلفه لان
الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال كذا في العناية

(باب التحالف)

(اختلفا) أي المتبايعان (في قدر الثمن) بان ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع أكثر
منه (أو وصفه) بان ادعى البائع انه بدراهم رائجة وادعى المشتري انه بدراهم كاسدة
(أو جنسه) بان ادعى البائع انه بالدنانير وادعى المشتري انه بالدراهم (أو) اختلفا
(في قدر المبيع) بان اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه
(حكم لمن برهن) أي أيهما أقام البينة حكم له لانه نور دعواه بالحجة فبقي في الجانب
الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى لانها تلزم على القاضي الحكم والدعوى لا تلزم
(وان برهنا حكم لمثبت الزيادة) لان البينات للاثبات ومثبت الاقل لا يعارض مثبت
الاكثر (وان اختلفا فيهما) أي الثمن والمبيع جميعا بان قال البائع بعت العبد
الواحد بألفين وقال المشتري لا بل بعت العبدين بألف (فحجة البائع في الثمن
والمشتري في المبيع أولى) لان حجة البائع في الثمن أكثر اثباتا وحجة المشتري في
المبيع أكثر اثباتا (وان عجزا) أي وان لم يكن لكل منهما بينة قيل للمشتري اما ان
ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم

(قوله ذكره الزيلعي) يعني في مسائل
شتى آخر الكتاب (قوله لما روى عن
عثمان الخ) تمامه ولما افتدى قيل
الا تحلف وانت صادق فقال أخاف أن
يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه
الكاذبة (قوله قال عليه الصلاة والسلام)
كذا قال على كرم الله وجهه ما بال وما يقع
عند الناس انكاره وان كان عندك
اعتذار

(باب التحالف)

ما ادعاه المشترى من المبيع والا فسخنا البيع لان الغرض قطع الخصومة وقد امكن ذلك برضا أحدهما بما يدعيه الآخر فيجب ان لا يعجل القاضى بالفسخ حتى يسأل كلا منهما بما يختاره (وان لم يرضيا بدعوى أحدهما تحالفا) أى استحلف القاضى كلا منهما على دعوى الآخر أصله ان التحالف قبل القبض حال قيام السلعة على وفق القياس لان البائع يدعى على المشترى زيادة الثمن والمشترى ينكر والمشترى يدعى على البائع وجوب تسليم المبيع بما ادعاه ثمنا والبائع ينكر فكان كل منهما منكرا وتحليف المنكر موافق للقياس اما التحالف بعد القبض فعلى خلاف القياس عند أبى حنيفة وأبى يوسف لان المبيع سلم للمشترى فلا يكون مدعيا على البائع شيأ فبقى دعوى البائع على المشترى زيادة الثمن وهو ينكر فيكتفى بحلفه وانما ثبت التحالف بعد القبض لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا (وبدأ بيمين المشترى) لانه أقواهما انكارا لانه المطالب أولا بالثمن فيكون هو البادى بالانكار فيبدأ بيمينه (لو بيع عين بثمن) أى هذا اذا كان بيع عين بدين (والا) أى وان لم يكن كذلك بل بيع عين بعين حتى يكون مقايضة بعين أو ثمن بثمن حتى يكون صرفا بثمن (فبأيهما شاء) أى بدأ القاضى بيمين أيهما شاء لاستوائهما فى فائدة النكول وصفة التحالف أن يحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين ويحلف البائع بالله ما باعه بألف (وفسخه القاضى) أى فسخ القاضى البيع بينهما (بطلب أحدهما) أو طلبهما (ولا ينفسخ) وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول لانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل منهما فبقى بيعا بثمن مجهول فيفسخه القاضى قطعا للمنازعة بينهما وفرع عليه ما ذكر فى المبسوط بقوله (فلو وطئ المشترى الجارية المبيعة بعد التحالف وقبل الفسخ يحل) أى وطؤه لانها لم تخرج عن ملكه ما لم يفسخ القاضى (ومن نكل) عن اليمين من المتبايعين (لزمه دعوى الآخر بالقضاء) لانه صار مقرا بما يدعيه الآخر أو باذلا له (لا تحالف فى أصل البيع والاجل وشرط الخيار وقبض بعض الثمن ومكان دفع المسلم فيه وحلف المنكر) أى منكر البيع والاجل وغيرهما لان هذا الاختلاف فى غير المبيع والثمن فاشبه الاختلاف فى الحط والابراء بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن أو جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر (ولا بعد هلاك المبيع أو خروجه عن ملكه أو تغيره بالعيب) يعنى اذا هلك المبيع أو خرج عن ملكه أو تغير بحدوث العيب عنده وصار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة وأبى يوسف بل القول للمشترى وعند محمد والشافعى يتحالفان فيفسخ البيع على قيمة الهالك لان كلا منهما يدعى عقدا ينكره الآخر فيتحالفان ولهما ان التحالف بعد قبض المبيع مخالف للقياس فلا

(قوله أصله ان التحالف قبل القبض) أى قبض أحد البدلين (قوله وبدأ بيمين المشترى) هو الصحيح وعن أبى يوسف يبدأ بيمين البائع وقيل يقرع بينهما وصفة التحالف أن يحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين ويحلف البائع بالله ما باعه بألف ذكره فى الاصل وفى الزيادات يضم الى النفى الاثبات فيحلف البائع ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بألف اه والاصح الاقتصار على النفى كما فى الكافى وغيرها (قوله ومن نكل عن اليمين من المتبايعين لزمه دعوى الآخر بالقضاء) أى اذا اتصل به القضاء وهذا التحالف اذا اختلفا فى البدل قصدا وأما اذا كان فى ضمن شئ كاختلافهما فى زق المبيع فالقول للمشترى سواء سمى لكل رطل ثمنا أولا كما فى التبيين (قوله ولا بعد هلاك المبيع) يعنى المبيع من كل وجه لانه فى المقايضة يتحالفان بعد هلاك أحد البدلين اذ كل منهما مبيع فكان المبيع قائما ببقاء الآخر فيمكن فسخه واذا فسخ يرد مثل الهالك ان كان مثليا وقيمته ان لم يكن مثليا كما فى الكافى (قوله أو تغيره بالعيب) كذا فى الكافى اه وليس بقيد احترازى عن تغيره بغير العيب لانهما ان اختلفا فى قدر الثمن وكان التغير بزيادة متصلة كالسمن والجمال منعت التحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا تمنع ويرد المشترى العين بناء على ان هذه الزيادة تمنع الفسخ عندهما فى عقود المعاوضات فتمنع التحالف وعنده لا تمنع الفسخ فلا تمنع وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالصبغ فى الثوب والبناء والغرس فى الارض فكذلك تمنع التحالف عندهما وعنده لا تمنع ويرد المشترى القيمة وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والارش والعقر فهو على هذا الاختلاف وان كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الاصل كالموهوب والمكسوب لا تمنع التحالف بالاجماع فيتحالفان ويرد المشترى العين لان هذه الزيادة لا تمنع الفسخ فى عقود المعاوضات فلا تمنع التحالف وكذا هى ليست فى معنى هلاك العين فلا تمنع التحالف واذا تحالفا يرد المشترى المبيع دون الزيادة وكانت الزيادة له لانها حدثت على ملكه وتطيب له لعدم تمكن الخبث والله أعلم كذا فى البدائع فيغتنم

متعدى

يتعدى الى حال هلاك السلعة (كذا بعضه) أى اذا هلك بعض المبيع أو خرج عن ملكه ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا (الا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك) أى عدم أخذ شئ من ثمن الهالك وجعل العقد كان لم يكن الا على القائم (ولا فى بدل الكتابة) أى ولا تحالف أيضا بين المولى والمكاتب اذا اختلفا فى قدر بدل الكتابة لان التحالف يكون فى المعاوضات عند تجاحد الحقوق اللازمة وبدل الكتابة غير لازم لجواز العجز واذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى والانكار فيكون القول قول العبد مع يمينه لانكاره الزيادة وان أقاما البينة فبينة المولى أولى لانها تثبت الزيادة (و) لا فى (رأس المال بعد اقالته) أى اذا تقايلا عقد السلم واختلفا فى رأس المال لم يتحالفا اذ لو تحالفا تنفسخ الاقالة ويعود السلم وهو لا يجوز لان اقالته اسقاط الدين والساقط لا يعود (بل صدق المسلم اليه لو حلف) لان رب السلم يدعى عليه زيادة وهو ينكر (ولا يعود السلم) لما ذكر ان الساقط لا يعود (بخلاف البيع) يعنى اذا اختلفا فى قدر الثمن بعد الاقالة وقبل قبض المبيع بحكمه تحالفا وعاد البيع والفرق ان الغرض من التحالف فسخ العقد حتى يعود كل منهما الى أصل ماله واليه الاشارة بقوله صلى الله عليه وسلم تحالفا وترادا والتحالف فى الاقالة فى السلم لا يفيد هذا الغرض لان الاقالة فى السلم بعد نفاذها لا تحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ حتى لو تقايلا نقضنا الاقالة لا تنتقض فلا يحتمل الفسخ أيضا لما مر ان الساقط لا يعود وأما الاقالة فى البيع فمما يحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ حتى لو تقايلا نقضنا الاقالة تنتقض فاحتملت الفسخ بالتحالف أيضا لانتفاء المانع هنا لان ملك العين يحتمل العود (اختلفا فى قدر المهر قضى لمن برهن) أى أقام البينة لانه نور دعواه بها وهى كاسمها مبينة (وان برهنا فلها) أى قضى للمرأة (ان شهد مهر المثل له) أى للزوج بان كان مثل ما يدعيه الزوج أو أقل لان الظاهر يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر (و) قضى (له) أى الزوج (ان شهد) أى مهر المثل (لها) بان كان مثل ما تدعيه أو أكثر لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر (وان لم يشهد) أى مهر المثل (لهما) أى لواحد منهما بان كان أقل مما ادعته وأكثر مما ادعاه (تهاترا) أى تساقطا لاستوائهما فى الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا يكون أحدهما أولى من الآخر (وان عجزا) عن البرهان (تحالفا ويبدأ بيمينه) أى الزوج ويحلف (ولا يفسخ النكاح) لان ... [كذا] منهما يبطل ما يدعيه صاحبه من التسمية فيبقى العقد بلا تسمية وهو لا يفسد النكاح اذ المهر تابع فيه بخلاف البيع فان عدم تسمية الثمن يفسده كما مر فى البيوع ويفسخه القاضى قطعا للمنازعة بينهما (بل يحكم مهر المثل) أى يجعل حكما (فيقضى بقوله) أى الزوج (لو) كان مهر المثل (كما قال أو أقل منه و) يقضى (بقولها لو) كان مهر المثل (كما قالت أو أكثر منه و به) أى يقضى بمهر المثل (لو) كان مهر المثل (بينهما) بان كان أكثر مما قاله وأقل مما قالته اذ لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه بالتحالف (اختلفا فى بدل الاجارة) بان ادعى

(قوله كذا بعضه الا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك) قول أبى حنيفة ويحكم أبو يوسف بالتحالف وبالفسخ فى القائم وأمر محمد بالفسخ فيهما كما فى المواهب (قوله ولا فى بدل الكتابة) قول أبى حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة (قوله والبينة بينة المولى) يعنى عند التعارض لاثباتها الزيادة الا أن العبد اذا ادى قدر ما أقام عليه البينة عتق واذا لم يتعارضا فأقام أحدهما بينة قبلت كما فى التبيين (قوله وقبل قبض المبيع بحكمهما تحالفا) يشير الى أن البائع لو قبض المبيع بعد الاقالة لا يتحالفان وهذا عندهما وعند محمد يتحالفان كما فى التبيين (قوله فان لم يشهد أى مهر المثل لهما تهاترا) لا يعلم منه ماذا يجب لها ولعله مهر المثل كما اذا عجزا وتحالفا وكان مهر مثلها بين قوليهما (قوله وان عجزا الخ) تخريج الكرخى رحمه الله وتخريج الرازى خلاف ذلك فانه يبدأ باليمين أولا فيجعل القول لمن يشهد له الظاهر وهو مهر المثل مع يمينه وان لم يشهد لواحد منهما بأن كان بينهما تحالفا ويبدأ بيمين الزوج وعند أبى يوسف لا يتحالفان والقول قول الزوج مع يمينه الا أن يأتى بشئ مستنكر كما فى التبيين

المؤجر انه آجره شهرا بعشرة دراهم وادعى المستأجر انه استأجره بخمسة (أو المنفعة)
بان ادعى المؤجر انه آجره شهرا وادعى المستأجر انه استأجره شهرين (قبل قبضها)
أى قبض المنفعة (أو) اختلفا (فيهما) أى فى بدل الاجارة والمنفعة معا (تحالفا
وترادا) لم يذكر الاجل لعدم جريان التحالف فيه بل القول لمنكر الزيادة ذكره
فى النهاية ووجه التحالف ان الاجارة قبل قبض المنفعة كالبيع قبل قبض المبيع
فى كون كل من المتعاقدين يدعى على الآخر وهو ينكر وكون كل من العقدين
معاوضة يجرى فيها الفسخ فالحقت به واعترض بان قيام المعقود عليه شرط لصحة
التحالف والمنفعة معدومة واجيب بان الدار مثلا اقيمت مقام المنفعة فى حق ايراد
العقد عليها فكانها قائمة تقديرا (وحلف المستأجر أولا لو اختلف فى الاجرة
و) حلف (المؤجر لو) اختلف (فى المنفعة وان نكل ثبت قول الآخر وأى برهن قبل
وان برهنا فحجة المؤجر أولى لو) اختلف (فى الاجرة و) حجة (المستأجر أولى لو)
اختلف (فى المنفعة) نظرا الى زيادة الاثبات (وحجة كل فى زائد يدعيه) أولى (لو)
اختلف (فيهما) أى فى الاجرة والمنفعة بان ادعى المؤجر شهرا بعشرة والمستأجر
شهرين بخمسة فيقضى بشهرين بعشرة (ولا تحالف لو) اختلف (بعد قبض
المنفعة والقول للمستأجر) مع يمينه لان جريان التحالف لاجل الفسخ والمنافع
المستوفاة لا يمكن فسخ العقد فيها (وبعد قبض بعضها) أى المنفعة (تحالفا
وفسخت) أى الاجارة (فيما بقى والقول للمستأجر فيما مضى) لان الاجارة تنعقد
ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فيصير كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه
ابتداء فصار ما بقى من المدة كالمنفرد بالعقد فيتحالفان عليه بخلاف ما اذا هلك
بعض المبيع لان كل جزء منه ليس بمعقود عليه عقدا مبتدأ بل الجملة معقودة بعقد
واحد فاذا تعذر الفسخ فى بعضه بالهلاك تعذر فى كله ضرورة (اختلف الزوجان فى
متاع البيت سواء قام النكاح) بينهما (أولا) وادعى كل منهما ان المتاع كله له
ولا بينة لهما (فالقول لكل منهما فيما يصلح له) يعنى أن القول فيما يصلح للرجال
كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والدرع
والقوس والنشاب ونحوها قول الزوج مع يمينه بشهادة الظاهر له وفيما يصلح
للنساء كالدرع والخمار وثياب النساء وحليهن ونحوها قول المرأة مع يمينها لان
الظاهر شاهد لها (الا اذا كان كل منهما يفعل أو يبيع) ما يصلح للآخر أى الا
أن يكون الرجل صائغا وله أساور وخواتم النساء والحلى والخلخال ونحوها فلا
يكون لها وكذا اذا كانت المرأة دلالة تبيع ثياب الرجال أو تاجرة تتجر فى ثياب
الرجال والنساء أو ثياب الرجال وحدها كذا فى شروح الهداية (و) القول (له)
أى للرجل (فيما يصلح لهما) كالفرش والامتعة والاوانى والرقيق والمنزل
والعقار والمواشى والنقود لان المرأة وما فى يدها فى يد الزوج واذا تنازع اثنان فى
شئ وهو فى يد احدهما كان القول له كذا هنا بخلاف ما يختص بها لان لها ظاهرا
آخر أظهر من اليد وهو يد الاستعمال فجعل القول قولها كرجلين اختلفا فى ثوب
احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى وهذا اذا كانا حيين (فان مات

احدهما

(قوله الا اذا كان كل منهما يفعل أو
يبيع ما يصلح للآخر) ليس على ظاهره
فى عموم نفى قول أحدهما يفعل أو يبيع
الآخر ما يصلح له لان المرأة اذا كانت
تبيع ثياب الرجال وما يصلح لهما
كالآنية والذهب والفضة والامتعة
والعقار فهو للرجل لان المرأة وما فى يدها
فى يد الزوج والقول فى الدعاوى لصاحب
اليد بخلاف ما يختص بها لان عارض
يد الزوج أقوى منه وهو الاختصاص
بالاستعمال كما فى العناية ويعلم بما
سنذكره المصنف رحمه الله تعالى (قوله
فان مات

أحدهما فالمشكل للحي بيمينه) حرا كان أو رقيقا اذ لا يد للميت فبقيت يد الحي بلا معارض هكذا في الهداية والجامع الصغير لصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس الأئمة الحلواني وقاضيخان وقال شمس الأئمة السرخسي في الجامع الصغير وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو وفي رواية محمد والزعفراني للحر منهما بالراء (و) لو كان (أحدهما مملوكا فالمتاع للحر في الحياة) لان يد الحر أقوى (وللحي في الموت) اذ لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند أبي حنيفة وقالا العبد المأذون والمكاتب كالحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات حتى لو اختصم الحر والمكاتب في شيء هو في أيديهما يقضى بينهما لاستوائهما في اليد بخلاف ما لو كان محجورا حيث يقضى به للحر اذ لا يد له

{فصل} فيمن يكون خصما ومن لا يكون (قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه زيد أو آجرنيه أو رهننيه أو أعارنيه أو غصبته منه وبرهن عليه دفعت خصومة المدعي) يعني ادعى رجل عينا في يد رجل انه له فقال ذو اليد هو لفلان الغائب أودعنيه الى آخر ما ذكر فأقام على ذلك بينة أو أقام بينة أن المدعي أقر انه لفلان اندفع عنه خصومة المدعي لانه يثبت ببينته انه وصل اليه من جهة فلان وان يده ليست يد خصومة وقال ابن شبرمة لا يخرج من الخصومة باقامة البينة لانه خصم بيده فصار مناقضا في دفع الخصومة عن نفسه وقال ابن أبي ليلى يخرج منها بمجرد قوله بغير بينة اذ لا تهمة فيما يقر به على نفسه وقال أبو يوسف ان كان ذو اليد رجلا صالحا اندفع عنه الخصومة اذا أقام البينة وان كان معروفا بالحيل لا تندفع ثم رجع اليه حين ابتلي بالقضاء وعرف أحوال الناس فقال المحتال من الناس قد يأخذ مال انسان غصبا ثم يدفعه سرا الى من يريد سفرا ويودعه بشهادة شهود حتى اذا جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه فيه أقام ذو اليد بينة على ان فلانا أودعه فيبطل حقه وقال محمد لا تندفع (اذا قالوا نعرفه بوجهه) لا باسمه ونسبه وقال أبو حنيفة تندفع

أحدهما فالمشكل للحي بيمينه) هذا عند أبي حنيفة ويحكم أبو يوسف لها منه أي من الصالح لهما ان كانت حية أو لورثتها ان كانت ميتة بجهاز مثلها وجعله محمد للزوج في حياته ولورثته بعده وقال زفر يقسم الصالح لهما بينهما وعنه ان المتاع كله بينهما نصفان وهو قول الشافعي ومالك وقال ابن أبي ليلى الكل للرجل ولها ثياب بدنها وقال الحسن البصري الكل لها وله ثياب بدنه كذا في البرهان وهذه هي المسبعة كما في التبيين (قوله حرا كان أو رقيقا) لا يناسب المقام لان الكلام فيما اذا كانا حرين وأما اذا كان أحدهما مملوكا فهي المسئلة الآتية والاختلاف الذي ذكره عن شمس الأئمة في النسخ انما هو فيما اذا كان أحدهما مملوكا فهو مقدم من تأخير ويوضحه قول الكافي واذا اختلف الزوجان في متاع البيت والنكاح قائم أو ليس بقائم وادعى كل ان المتاع كله له فما صلح للرجال فالقول فيه قول الزوج مع يمينه وما صلح للنساء فالقول فيه قول المرأة مع يمينها وما يصلح لهما فالقول للزوج مع يمينه وهذا اذا كانا حيين وان مات أحدهما واختلف ورثته مع الآخر فالجواب في غير المشكل على ما مر وأما في المشكل فهو للحي منهما أيهما كان ثم قال وان كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر في حال الحياة وان مات أحدهما فالقول للحي فيهما حرا كان أو عبدا لانه لا يد للميت فبقيت يد الحي بلا معارض هكذا ذكر في الهداية الى آخر ما قاله المصنف فليتنبه له ثم قوله هكذا ذكر في الهداية والجامع الصغير يعني عامة نسخ الجامع الصغير كما قال الأكمل هكذا وقع في عامة نسخ الجامع ثم قال والمصنف يعني صاحب الهداية اختار اختيار العامة واستدل بقوله لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض (قوله ولو كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر الخ) يعني جميع متاع البيت (قوله وهذا عند أبي حنيفة) أي هذا الحكم في مطلق الرقيق فيشمل المكاتب والمأذون لقوله وقالا المكاتب والمأذون كالحر

{فصل فيمن يكون خصما ومن لا يكون}

(قوله وقال ابن شبرمة لا يخرج من الخصومة باقامة البينة) عبارة الكافي لا يخرج وان أقام البينة اهـ فلو أقحم المصنف لفظة ولو كان أحسن ليحسن مقابلته بقول ابن أبي ليلى انه يخرج بمجرد قوله بغير بينة (قوله وقال محمد الخ) رأيت بخط العلامة المقدسي عن البزازية ان تعويل الأئمة على قول محمد اهـ ثم ما ذكره المصنف مأخوذ من الكافي لكنه ذكره بعد ان قيد قول أبي يوسف الذي أطلقه المصنف هنا بقوله ان فلانا أودعه فيبطل حقه فقال اذا عرف الشهود صاحب اليد المودع باسمه ونسبه ووجهه ثم قال وان قال الشهود نعرف المودع بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد لان المعرفة بالوجه لا تكون معرفة لانه عليه الصلاة والسلام قال لرجل أتعرف فلانا فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرف وجهه دون اسمه ونسبه لا يحنث وهذه مخمسة كتاب الدعوى لما فيها من اختلاف خمسة أئمة أو خمس صور دعوى وديعة وغيرها

ان قال الشهود نعرفه باسمه ونسبه أو بوجهه لان ذا اليد يحتاج الى دفع الخصومة عن نفسه وانما تندفع اذا أثبت ان يده ليست يد ملك وخصومة وقد حصل ذلك لانه أثبت ببينته انه ليس بخصم لهذا المدعي فانا نعلم أن مودعه ليس هذا المدعي اذا الشهود يعرفون المودع بوجهه (وان قالوا أودعه من لا نعرفه لا) اى لا يكون دفعا لاحتمال ان يكون المودع هذا المنازع (كما لو قال) اى ذو اليد (شريته من الغائب) حيث لا تندفع الخصومة لانه بزعمه أن يده يد ملك صار معترفا بكونه خصما (أو قال المدعي غصبته أو سرقته أو سرق مني) حيث لا يندفع به الخصومة (وان) وصلية (برهن ذو اليد على ايداع زيد) أما الاولان فلان المدعي انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده فلا تندفع دعواه باحالة الملك الى غيره لانه لم يدع الملك عليه بل ادعى الفعل عليه وهو الغصب أو السرقة وأما الثالث ففيه خلاف محمد حيث قال تندفع به لانه لم يدع الفعل عليه بل ادعى الفعل على مجهول وهي باطلة فالتحقت بالعدم فبقي دعوى الملك ولهما ان هذا كتعيين ذي اليد للسرقة ولو عينه لم تندفع كذا هنا لان ذلك الفعل يستدعي فاعلا والظاهر انه الذي في يده وانما ابهمه درا للحد فنزل ذلك منزلة تعيينه (بخلاف غصب مني) على البناء للمفعول حيث تندفع به الخصومة اذ لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه فلو قضي عليه ثم حضر الغائب فأقام البينة على الملك تقبل لانه لم يصر مقضيا عليه وانما قضي على ذي اليد فقط (ولو قال اشتريته من زيد وقال ذو اليد هو) اى زيد (أودعنيه دفعت) اى الخصومة (بلا حجة) لتصادقهما على ان أصل الملك فيه لزيد فالظاهر ان وصوله الى يد ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة بل يد نيابة والدعوى انما تصح على من يكون له يد ملك (الا اذا برهن) المدعي (أن زيدا وكله بقبضه) فحينئذ تصح دعواه لانه يثبت بحجته انه أحق بامساكه فان طلب المدعي يمينه على ما ادعى من الايداع حلف على البتات أقول هكذا وقعت العبارة في الكافي والظاهر أن يقع التوكيل موقع الايداع ويكون المعنى فان طلب مدعي الايداع يمين مدعي التوكيل بناء على ما ادعى من الايداع وعجز عن اقامة البرهان عليه حلف على البتات يعني على عدم توكيله اياه لا على عدم علمه بتوكيله اياه فتدبر (ولو قال ذو اليد أودعني وكيله لم يصدق الا ببينة) لان الوكالة لا تثبت بقوله

﴿باب دعوى الرجلين﴾

(حجة الخارج في الملك المطلق اولى من حجة ذي اليد) لان الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي بالحديث كما مر وفيه خلاف الشافعي فاذا نكل المدعى عليه قضي بالمال عليه للمدعي خلافا له قيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد واحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق فان في هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالاجماع كما سيأتي (الا اذا ارخا وذو اليد أسبق) لان للتاريخ عبرة عند ابي

(قوله او قال المدعي غصبته) يعني من زيد (قوله اما الاولان) يعني غصبته او سرقته (قوله واما الثالث) يعني سرق مني (قوله لان ذلك الفعل) اى المذكور بقوله سرق مني يستدعي فاعلا لكن عبارة الكافي وهذا لان ذكر الفعل يستدعي فاعلا (قوله هكذا وقعت العبارة في الكافي الخ) ما ادعاه من الظهور فيه تأمل لانه جعل اليمين على مدعي التوكيل وانما هي على المدعى عليه اى مدعي الايداع كما هو ظاهر من قول الكافي فان طلب المدعي اى مدعي الشراء يمينه اى مدعي الايداع

﴿تنبيه﴾ اذا قال المدعى عليه لي دفع يمهل الى المجلس الثاني كما في الصغرى

﴿باب دعوى الرجلين﴾

(قوله لان الخارج هو المدعي) يعني وذو اليد ليس بمدع والدليل على انه ليس مدعيا ما ذكرنا من تحديد المدعي انه اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه والموصوف بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد لانه يخبر عما في يد نفسه لنفسه فلم يكن مدعيا فالتحقت بينته بالعدم فبقيت بينة الخارج بلا معارض فوجب العمل بها كذا في البدائع (قوله وفيه خلاف الشافعي) يريد به ان بينة ذي اليد اولى عنده كما في البدائع (قوله فاذا نكل المدعى عليه قضي بالمال عليه للمدعي خلافا له) فيه تأمل لان الكلام في أن كلا من الخارج وذي اليد برهن (قوله حجة الخارج في الملك المطلق اولى من حجة ذي اليد) لا فرق فيه بين ما اذا لم يكن لهما تاريخ اوكان واتحد (قوله وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما اسبق الخ) يحيل على ما سيذكره من انه اذا كان الملك مختلفا حيث لا يعتبر فيه سبق التاريخ اه ثم لم يذكره بعده (قوله الا اذا ارخا وذو اليد أسبق) اى فيقدم بينة ذي اليد وان وقت أحدهما فقط قضي للخارج عند ابي حنيفة ومحمد ورجع ابو يوسف الى تقديم ذي الوقت وهو رواية عن ابي حنيفة كما في البرهان وهي مسئلة العبد الآتية

حنيفة فى دعوى مطلق الملك اذا كان من الطرفين وهو قول أبى يوسف الآخر وقول محمد أولا وعلى قول أبى يوسف أولا وهو قول محمد آخرا لا عبرة له بل يقضى للخارج (ادعى أن هذا العبد لى غاب عنى منذ شهر وقال ذو اليد لى منذ سنة يقضى للمدعى) ولا يلتفت الى بينة المدعى عليه لان ما ذكر المدعى تاريخ غيبة العبد عن يده لا تاريخ ملكه فكان دعواه فى الملك مطلقا خاليا عن التاريخ وصاحب اليد ذكر التاريخ لكن التاريخ حالة الانفراد لا يعتبر عند أبى حنيفة فكان دعوى صاحب اليد دعوى مطلق الملك كدعوى الخارج فيقضى ببينة الخارج (برهنا) أى الخارجان (على ما فى يد آخر) يعنى ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل منهما يزعم انه له وأقاما البينة (قضى به لهما) بطريق الاشتراك بينهما لما روى أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ناقة وأقام كل منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين (و) برهنا (على الشراء منه) أى من آخر (فلكل نصفه بنصف ثمنه) يعنى اذا كان عبد فى يد رجل ادعى اثنان كل منهما انه اشتراه منه وأقاما بينة بلا توقيت فكل منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن الذى شهد به البينة ورجع على البائع بنصف ثمنه ان كان دفعه لاستوائهما فى الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما فى الملك المطلق وأقاما البينة وان شاء ترك لان شرط العقد الذى يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه ولعل رغبته فى تملك الكل فلم يحصل فيرده ويأخذ كل الثمن (وبترك أحدهما بعد القضاء لم يأخذ الآخر كله) يعنى اذا قضى القاضى بينهما نصفين فقال أحدهما لا اختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه والعقد متى انفسخ بقضاء القاضى لا يعود الا بتجديده ولم يوجد وذكر بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده انه لا خيار وهو الظاهر كذا فى العناية (وهو) أى ما ادعاه شخصان (للسابق ان أرخا) أى ان ذكر كل منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه أثبت الشراء فى زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر (ولذى يد ان لم يؤرخا) أى ان لم يذكرا تاريخا لكنه فى يد أحدهما فهو أولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه وتحقيقه يتوقف على مقدمتين احداهما أن الحادث يضاف الى أقرب الاوقات والثانية [2] أن ما مع العبدية زمانية فهو بعد اذا تقررتا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى أقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما فى الحال وقبض القابض مبنى على شرائه ومتأخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخا وقد تقدم أن التاريخ المقدم أولى (أو أرخ أحدهما) يعنى أن المدعى لذى يد ان أرخ أحدهما لان التاريخ حالة الانفراد غير معتبر كما مر فيبقى اليد الدال على سبق الشراء كما عرفت (ولذى وقت ان وقت أحدهما فقط) لثبوت ملكه فى ذلك الوقت مع احتمال الآخر ان يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك (بلا يد لهما) بان كان المبيع فى يد ثالث يعنى اذا ذكر بينة الخارج وقتا فذو اليد أولى اذ بذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذى اليد

(قوله برهنا على ما فى يد آخر) يعنى وادعيا مطلق الملك ولم يوقتا قضى به بينهما وكذا لو استويا فى الوقت او وقت أحدهما فقط على الصحيح وهو ظاهر الرواية عن ابى حنيفة وقول محمد الآخر وقول ابى يوسف الاول لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم ملكه كما فى البرهان (قوله وبترك احدهما بعد القضاء لم يأخذ الآخر كله) اشار به الى انه لو تركه قبل القضاء يأخذه الآخر كله وبه صرح فى البرهان (قوله وذكر بعض الشارحين الخ) لا يستقيم الا بشئ لم يذكره هنا وذكره فى النهاية فقال بعد قوله والعقد متى انفسخ بقضاء القاضى لا يعود الا بتجديد ولم يوجد اه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضى والقضاء عليه حيث يأخذ الجميع لانه يدعى الكل والحجة قامت ولم ينفسخ سببه وزال المانع وهو مراد الآخر وقوله حيث يأخذ الجميع يشير الى أن الخيار باق وذكر بعض الشارحين الى آخر ما قاله المصنف فتأمل (قوله انه لا خيار) اى كما فى النهاية (قوله وتحقيقه الخ) قاله الشيخ اكمل الدين (قوله وهو للسابق ان أرخا) اى وهو فى يد المدعى عليه الشراء وان لم يسبق بل وقتا او لم يوقتا كان بينهما كما فى البرهان (قوله ويلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض) يعنى به اللزوم الظاهرى لانه اذا اثبت الآخر شراءه قبل شراء ذى اليد يكون اولى لانقطاع الاحتمال (قوله يعنى اذا ذكر بينة الخارج وقتا فذو اليد اولى الخ) ليس فى محله

[2] (قوله ان ما مع البعد بعدية زمانية فهو بعد) كلمة ما ههنا عبارة عن شراء الغير والبعد عبارة عن القبض ولكن استعمال بعد اسما بلا ظرفية غير مشهور ولو قال ان ما مع المتأخر تأخرا زمانيا فهو متأخر لكان أحسن اه من هامش الاصل

لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه الا ان يشهدشهود الخارج ان شراءه قبل شراء صاحب اليد اذ ينتقض بها اليد لان الصريح يفوق الدلالة (وعلى نكاح) عطف على قوله على ما في يد آخر يعني ان برهن كل من الخارجين على ان هذه المراة زوجته (سقطا) اي البرهانان (ان لم يؤرخا او استوى تاريخهما) لتعذر القضاء بهما اذ النكاح لا يقبل الاشتراك (فهي لمن صدقته) منهما لان النكاح مما يحكم به لتصادق الزوجين فيرجع الى تصديقهما فيجب اعتبار قولهما (الا ان احدهما زوجها) (الا ان تكون) اي المراة (في بيت الآخر او دخل بها) فيكون هو اولى ولا يعتبر قولها الا ان تمكنه من نقلها او من الدخول بها دليل على سبق عقده (الا ان يبرهن الآخر انه تزوجها قبله) فيكون هو اولى لان الصريح يفوق الدلالة فالحاصل انهما اذا تنازعا في امراة واقاما البينة فان ارخا وتاريخ احدهما اقدم كان هو اولى وان لم يؤرخا او استوى تاريخهما فان كان مع احدهما قبض كالدخول بها او نقلها الى منزله كان هو اولى وان لم يوجد شيء من ذلك يرجع الى تصديق المراة (وان صدقت غير ذي برهان) يعني ان ما ذكر كان فيما اذا صدقت احد المبرهنين وان صدقت غير ذي برهان (فهي له) لما عرفت ان النكاح يثبت بتصادق الزوجين (وان برهن الآخر قضى له) لانه اقوى من التصادق (ثم لا يقضى لغيره) اذ لا شيء اقوى من البرهان (الا اذا اثبت سبقه) لان البرهان مع التاريخ اقوى من البرهان بدونه (كما لا يقضى بحجة الخارج على ذي يد ظاهر النكاح الا باثباته) اي اثبات سبق نكاحه على نكاح ذي اليد (الشراء والمهر اولى من هبة وصدقة مع قبض) يعني اذا ادعى احدهما شراء من شخص وادعى الآخر هبة وقبضا من ذلك الشخص واقاما البينة ولا تاريخ معهما كان الشراء اولى لانه اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ومثبتا الملك بنفسه بخلاف ما اذا اختلف الملك لهما او كان معهما تاريخ حيث لا يكون الشراء فيه اولى اذ عند اختلاف الملك يصير كل منهما خصما عن مملكه لحاجته الى اثبات الملك وهما في ذلك سواء وفيما اذا اتحد المملك لا يحتاجان الى اثبات الملك له لثبوته باتفاقهما وانما يحتاجان الى اثبات سبب الملك لانفسهما وفيه يقدم الاقوى وفيما اذا كان معهما تاريخ والمملك لهما واحد كان لاقدمهما تاريخا الثبوت ملكه في وقت لا ينازعه فيه احد بخلاف ما اذا كان المملك مختلفا حيث لا يعتبر فيه سبق التاريخ كما سياتي ان شاء الله تعالى وكذا الشراء والصدقة مع القبض في جميع ما ذكر من الاحكام واما كون المهر اولى من هبة وصدقة مع القبض فمعناه ان رجلا ادعى عبدا مثلا في يد رجل انه وهبه له او تصدق عليه وقبض وادعت امراة ان ذا اليد تزوجها على ذلك العبد وقبضته كان المهر اولى لانه كالشراء اذ كل منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه (ورهن معه) اي مع قبض اولى من هبة معه استحسانا والقياس كون الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى لان بينته اكثر اثباتا بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع ولو بوجه اقوى من الرهن (برهن خارجان على ملك مطلق

لان الكلام فيما اذا لم يكن لهما يد والصواب انه تعليل لما قبله الا انه تكلم تعاليه فتامل (قوله الا ان تكون في بيت الآخر او دخل بها) الاستثناء منقطع لانه ليس من المتقدم اذ هو في الخارجين وهنا احدهما ذو يد (قوله الا ان برهن الآخر) استثناء من الاستثناء السابق (قوله كما لا يقضى بحجة الخارج على ذي يد ظاهر النكاح الخ) موجود في النسخ بصورة المتن ولعله شرح اذ ليس فيه زيادة على المتقدم (قوله والقياس كون الهبة الخ) قال الزيلعي فتكون المثبتة للزيادة اقوى وهذا اي القياس رواية كتاب الشهادات

مؤرخ او شراء مؤرخ من واحد غير ذي يد) احترز به عما اذا برهنا على ما في يد آخر كما مر (او) برهن (خارج على ملك مطلق مؤرخ وذو يد على ملك أقدم تاريخا (فالسابق أولى) لانه أثبت انه أول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته (ولو) برهنا (على شراء متفق تاريخهما من آخر أو وقت أحدهما) فقط (قضى لهما نصفين) في الصورتين أما في الاولى فلان كلا منهما يثبت الملك لبائعه وملك بائعه مطلق ولا تاريخ فيه فصار كما اذا حضر البائعان فادعيا الملك بلا تاريخ فيكون بينهما نصفين وأما في الثانية فلان توقيت أحدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم له به حتى يتبين ان غيره تقدمه ولم يتبين (برهن خارج على الملك وذو يد على الشراء منه) بان كان عبد مثلا في يد زيد فادعاه بكر بانه ملكه وبرهن عليه وبرهن زيد على الشراء منه (فذو اليد أولى) لان الخارج ان كان يثبت أولية الملك فذو اليد يتلقى الملك منه ولا تنافي فيه فصار كما اذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه (كذا ان برهن كل من الخارج وذي اليد على النتاج ونحوه) وهو كل سبب للملك لا يتكرر فانه في معنى النتاج كالنسج في ثياب لا تنسج الا مرة كنسج الثياب القطنية وغزل القطن وحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزا وجز الصوف ونحوها وان كان سببا يتكرر لا يكون في معنى النتاج فيقضى به للخارج كالملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان أشكل يرجع الى أهل الخبرة لانهم أعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بحديث النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل (ولو) كان النتاج ونحوه (عند بائعه) فان كلا منهما اذا تلقى الملك من رجل وأقام البينة على سبب ملك عنده لا يتكرر فهو بمنزلة اقامتها على ذلك السبب عند نفسه (فذو اليد أولى) من الخارج لان بينته قامت على أولية ملكه فلا يثبت للخارج الا بالتلقي عنه (الا اذا ادعى الخارج عليه فعلا) قال في الذخيرة الحاصل ان بينة ذي اليد على النتاج انما تترجح على بينة الخارج على النتاج أو على مطلق الملك بان ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج النتاج أو ادعى الخارج ملكا مطلقا اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب أو الوديعة أو الاجارة أو الرهن أو العارية أو نحوها فاما اذا ادعى الخارج فعلا مع ذلك فبينة الخارج أولى وانما قال (في رواية) لما قال في العمادية بعد نقل كلام الذخيرة ذكر الفقيه أبو الليث في باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال دابة في يد رجل أقام آخر بينة انها دابته آجرها من ذي اليد أو أعارها منه أو رهنها اياه وذو اليد أقام بينة انها دابته نتجت عنده فانه يقضى بها لذي اليد لانه يدعي ملك النتاج والآخر يدعي الاجارة أو الاعارة والنتاج أسبق منهما فيقضى لذي اليد وهذا خلاف ما نقل عنه (ولو) برهن (أحدهما) من الخارج وذو اليد (على الملك المطلق والآخر على النتاج فذو النتاج أولى) لان برهانه قام على أولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي منه (برهن كل) من الخارج وذي اليد (على الشراء من

(قوله كذا ان برهن كل من الخارج وذي اليد على النتاج) اي يكون القضاء بها لذي اليد وهو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان من تهاتر البينتين ويكون لذي اليد لا على طريق القضاء كما في البرهان (قوله والمرعزاء) اذا شددت الزاي قصرت واذا خففت مددت والميم والعين مكسورتان وقد يقال مرعزاء بفتح الميم مخففا ممدودا وهي كالصوف تحت شعر العنز كذا في المغرب قاله قاضي زاده رحمه الله تعالى (قوله ولو كان النتاج ونحوه عند بائعه) اي فلا فرق بين ادعاء ذي اليد النتاج عنده او عند بائعه فهو احق من الخارج كما في البرهان (قوله لان بينته) اي بينة ذي اليد قامت على اولية ملكه فلا تثبت للخارج الا بالتلقي منه يعني ولم يثبت تلقيه وقد استويا في الاولية بادعاء النتاج وترجح ذو اليد باستيلائه لا ببينته لان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدابة لذي اليد مع اقامة كل البينة على انها دابته نتجها اه وهذا اذا لم يذكرا تاريخا كما في البرهان (قوله وانما قال في رواية الخ) على هذا كان الاولى ان يقول في قول لا رواية (قوله برهن كل من الخارج وذي اليد على الشراء من الآخر الخ) تهاتر البينتين قول ابي حنيفة وابي يوسف سواء شهدوا بالقبض اولم يشهدوا

الآخر) اى صاحبه (بلا وقت سقطا وترك فى يده) عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لامكان العمل بهما بان يجعل ذواليد كأنه اشترى من الآخر وقبض ثم باع لان القبض دليل الشراء كما مر ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز عنده وان كان فى العقار ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك له فصار كما اذا قامتا على اقرارين وفيه التهاتر بالاجماع فكذا هنا وان وقت البينتان فى العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لذى اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من ذى اليد وهو جائز فى العقار عندهما وعند محمد رحمه الله تعالى يقضى للخارج اذ لا يصح عنده بيعه قبل القبض فيبقى على ملكه وان أثبتتا قبضا قضى لذى اليد بالاجماع لكون البيعين جائزين على القولين وان كان وقت ذى اليد أسبق قضى للخارج فيجعل كان ذا اليد اشترى وقبض ثم باع ولم يسلم أو سلم ثم وصل اليه بسبب آخر (ولم يرجح بكثرة الشهود والاعدلية) يعنى اذا أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة مثلا او احدهما عدلين والآخر أعدلين فهما سواء أما الاول فلان الترجيح لا يقع بكثرة العلل حتى لا يترجح القياس بقياس آخر وكذا الحديث وأما الثانى فلان المعتبر فى الشاهد أصل العدالة ولا حد للاعدلية فلا يقع الترجيح بها (ادعى أحد خارجين نصف دار والآخر كلها) يعنى اذا كانت دار فى يد رجل ادعاها اثنان أحدهما كلها والآخر نصفها (وبرهنا فالربع للاول والباقى) وهو ثلاثة الارباع (للثانى) عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فان صاحب النصف لا ينازع الآخر فى النصف فسلم له وصارت منازعتهما فى النصف الآخر فينصف بينهما وعندهما هى بينهما أثلاثا فمدعى الجميع يأخذ سهمين ومدعى النصف سهما واحدا فتقسم بينهما أثلاثا (وان كانت) اى الدار (معهما) أى فى أيديهما (فهى للثانى) وهو مدعى الكل لانه اذا برهن كان نصفها له على وجه القضاء وهو الذى كان بيد صاحبه اذا اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذى اليد وبينة الخارج أولى فقضى له بذلك ونصفها الاعلى وجه القضاء وهو الذى كان بيده لان صاحبه لم يدعه ولا قضاء بلا دعوى فيترك فى يده (برهنا على نتاج دابة) أى تنازعا فى دابة وأقام كل منهما البينة انها نتجت عنده أو عند بائعه (مطلقا) أى سواء كانت فى يديهما او فى يد أحدهما او فى يد ثالث لان المعنى لا يختلف ذكره الزيلعى (وارخا قضى لمن وافق سنها وقته) بشهادة الظاهر (وان اشكل) اى سن الدابة بان لم يوافق التاريخين (فلهما) اى قضى لهما بها لان أحدهما ليس بأولى من الآخر (ان لم يكن فى يد أحدهما فقط) بان كانا خارجين والدابة فى يد ثالث او فى يديهما (والا) أى وان كانت فى يد أحدهما (فله) أى قضى به لذى اليد لان الامر لما اشكل سقط التاريخان فصار كانهما لم يؤرخا ذكره الزيلعى (وان خالف) أى سنها (الوقتين) بطلت

(قوله وعند محمد يقضى بالبينتين) يعنى ان ذكروا القبض وتمامه فى التبيين (قوله بأن يجعل ذواليد كانه اشترى من الآخر وقبض ثم باع) يعنى من الآخر ولم يقبضه فيؤمر بالدفع اليه لان القبض دليل الشراء (قوله ولهما ان الاقدام) عبارة الكافى والتبيين ان الاقرار قوله فصار كما اذا قامتا على اقرارين) أى اقرار كل بملك الآخر (قوله وفيه التهاتر بالاجماع) اى لتعذر الجمع بينهما (قوله ادعى احد خارجين نصف دار الخ) الخلاف باعتبار القسمة بطريق المنازعة او العول وذلك فى التبيين وتمامه فى شرح الزيادات لقاضيخان (قوله بشهادة الظاهر) يعنى ظهور الصدق لموافقة تاريخه سنها (قوله والا اى وان كانت فى يد احدهما فله) اى وسنها مشكل كما ذكر وان كان سنها بين وقت الخارج وذى اليد قال عامة المشايخ تتهاتر البينتان وتترك الدابة فى يد ذى اليد كما فى العناية (قوله وان اشكل اى سن الدابة بأن لم يوافق التاريخين) فيه تأمل والذى ينبغى تفسير الاشكال به عدم معرفة سنها واشتباهه بكل من التاريخين لان الاشكال عدم الخلوص وعدم موافقة سنها التاريخين يصدق بما اذا كان معلوما وهو غيرهما فهو غير مشكل (قوله فلهما) كذا ذكره الزيلعى وغيره من غير ذكر خلاف وقال فى البدائع وان اختلفا بحكم سن الدابة ان علم وان أشكل فعند أبى حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى بينهما وجه قولهما ان السن المشكل يحتمل ان يكون موافقا لوقت هذا ويحتمل أن يكون موافقا لوقت ذاك فسقط اعتبار الوقت وصار كأنهما سكتا عن الوقت أصلا وجه قول أبى حنيفة ان وقوع الاشكال فى السن يوجب سقوط اعتبار حكم السن فبطل تحكيمه فبقى الحكم للوقت فالاسبق أولى وهذا يشكل بالخارج مع ذى اليد اه (قوله وان خالف أى سنها الوقتين بطلت البينتان الخ) محصله اختلاف التصحيح فان بطلان البينتين وتركها بيد ذى اليد قال به صاحب الهداية والكافى وهو المذكور فى كافى الحاكم قال وهو الصحيح ووجهه ان سن الدابة

البينتان لظهور كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده كذا في الهداية والكافي قال الزيلعي الاصح انهما لا يبطلان بل يقضي بها بينهما ان كانا خارجين أو كانت في أيديهما وان كانت في يد أحدهما يقضي بها للذي اليد لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وحقهما هنا في اسقاط اعتباره لان في اعتباره اسقاط حقهما فلا يعتبر فصار كانهما ذكرا النتاج من غير تاريخ وفيه صاحب اليد أولى ان كانت في يد أحدهما والا فهي بينهما كما اذا أشكل في موافقة سنها احد التاريخين وهكذا ذكره محمد رحمه الله والاول ذكره الحاكم وهو قول بعض المشايخ وليس بشئ ولهذا قلت (كانت لهما) يشتركان فيها (يقضي بها لو) كان المدعيان (خارجين أو ذوي يد ولو في يد أحدهما كانت له) لما ذكر (برهن احدهما على غصب شئ والآخر على ايداعه نصف) أي اذا كانت عين في يد رجل ين فبرهن أحدهما على الغصب والآخر على الوديعة يقضي بها بينهما نصفين لان الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع الى الوفاق بخلاف ما اذا خالف بالفعل بلا جحود ثم عاد الى الوفاق كما تقرر في موضعه (ادعى الملك في الحال وشهدا الشهود ان هذا كان ملكه تقبل) يعني اذا ادعى الملك في الحال وشهد الشهود ان هذا العين كان ملكه تقبل لان شهادتهم تثبت الملك في الحال والماضي وما ثبت في زمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل كذا في العمادية نقلا عن المحيط (الراكب واللابس أولى من آخذ اللجام والكم) أي اذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها أو تنازعا في ثوب أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه كان الراكب واللابس أولى من المتعلق باللجام والكم لان تصرفهما أظهر لاختصاصه بالملك فكانا صاحبي يد والمتعلق خارج وذو اليد أولى وأما اذا أقاما البينة فبينة الخارج أولى لما مر مرارا (ومن في السرج) أولى (من رديفه) لان تمكنه من ذلك الموضع دليل على تقدم يده بخلاف ما اذا كانا راكبين على السرج حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف ولو تعلق احدهما بذنبها والآخر ممسك لجامها كان للممسك اذ لا يمسك اللجام غالبا الا المالك بخلاف المتعلق بالذنب (وذو حملها أولى من معلق كوزه) أي اذا تنازعا في دابة وعليها حمل لاحدهما وللآخر كوز فالاول أولى لانه أكثر تصرفا فيها (وينصف البساط بين جالسه والمتعلق به) بحكم الاستواء بينهما لا بطريق القضاء لان الجلوس ليس بيد عليه بل اليد تكون بكونه في بيته أو نقله من موضعه بخلاف الركوب واللبس حيث يكون بهما غاصبا لثبوت يده عليه ولا يصير غاصبا بالقعود على البساط (كمن معه) أي في يده (ثوب وطرفه مع الآخر) حيث ينصف بينهما لان يد كل منهما ثابت فيه وان كان يد أحدهما في الاكثر ولا يرجح به لما مر ان الترجيح لا يكون بالاكثرية (لا هدبته) أي لا يكون هدبته مع الآخر حتى لو كانت معه لا يوجب التنصيف لانها ليست بثوب لانها غير منسوجة فلم يكن في يده شئ من الثوب فلا يزاحم الآخر (بخلاف جالسي دار اذا تنازعا فيها) حيث لا يقضي بها بينهما

اذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين والتحقتا بالعدم فترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان اه وقال الزيلعي الاصح عدم بطلان البينتين كما قاله المصنف وبعض أصحابنا جمع بين الروايتين وقال يجب أن يزاد فيقال فان كان سنها مخالف الوقتين كانت مشكلة وكانت بينهما كما في السراج اه ولكن عليه تبقى صورة مخالفة الوقتين ضائعة اذا لم يشتبه السن ثم لا يخفى ما في كلام المصنف فان أوله ظاهر المشي في على ما في الهداية وصريح آخره بخلاف مشيا على ما قاله الزيلعي وكان ينبغي له أن يجعل العبارة هكذا وان خالف سنها الوقتين قال في الهداية والكافي بطلت البينتان وقال الزيلعي الاصح انهما لا يبطلان الى أن يقول ولهذا قلت كانت بينهما يشتركان فيها الخ (قوله ادعى الملك في الحال) ليس من هذا الباب (قوله واللابس أولى) قال الشيخ قاسم فيقضي له قضاء ترك لا استحقاق حتى لو أقام الآخر البينة بعد ذلك يقضي له (قوله ومن في السرج أولى من رديفه) نقل الناطفي هذه الرواية عن النوادر وفي ظاهر الرواية هي بينهما نصفان بخلاف ما اذا كانا راكبين في السرج فانها بينهما قولا واحدا كما في العناية اه ويؤخذ منه اشتراكهما اذا لم تكن مسرجة (قوله وذو حملها أولى من معلق كوزه) احترازا عما لو كان له بعض حملها اذ لو كان لاحدهما من وللآخر مائة من كانت بينهما كما في التبيين (قوله بخلاف جالسي دار الخ) كذا قال في العناية ويخالفه ما في البدائع لو ادعيا دارا واحدهما ساكن فيها فهي للساكن وكذلك لو كان أحدهما أحدث فيها شيئا من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر ولو لم يكن شئ من ذلك ولكن أحدهما

لابطريق الشرك ولابغيره لان الجلوس لايدل على الملك (الحائط لمن جذوعه عليه
أو متصل به اتصال تربيع) الاتصال نوعان أحدهما اتصال ملازقة وهو أن
يلازق أحد الطرفين بالآخر والثاني اتصال تربيع وهو أن يكون لبنات الحائط
المتنازع فيه متداخلة في انصاف لبنات الحائط الذي لانزاع فيه وان كان الحائط
من خشب فالتربيع أن يكون أطراف خشبات أحدهما مركبة في الاخرى وهذا
هو المراد هنا لانه شاهد ظاهر لصاحبه لان الظاهر انه هو الذي بناه مع حائطه اذ
مداخلة اتصال اللبنات وأطراف الخشبات لاتتصور الاعند بناء الحائطين معا
فكان أولى وكذا اذا كان لاحد المتنازعين جذوع على الحائط كان له لان
صاحب الجذوع مستعمل للحائط بما وضع له الحائط وهو وضع الجذوع عليه
(لالمن عليه هرادى) وهي خشبات توضع على الجذوع ويلقى عليها التراب فانها
غير معتبرة وكذا البوارى لانه لم يكن استعمالا له وضعا اذ الحائط لايبنى لها بل
للتسقيف وهو لايمكن على الهرادى والبوارى (بل بين الجارين لو تنازعا) يعني اذا
تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للآخر عليه شئ فهو بينهما اذ
لايختص به صاحب الهرادى (وذو بيت من دار كذي بيوت منها في حق ساحتها)
يعني اذا كان بيت من دار فيها بيوت كثيرة في يد زيد والبيوت الباقية في يد بكر
(فهي) أي الساحة (تكون بينهما) حال كونها (نصفين) لاستوائهما في
استعمالها وهو المرور وفيها والتوضي وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك
فصارت نظير الطريق (بخلاف الشرب) اذا تنازعا فيه (فانه بقدر الارض) أي
يقسم بينهم بقدر أرضيهما لان الشرب يحتاج اليه لاجل سقي الارض فعند كثرة
الاراضي تكثر الحاجة اليه (برهنا) أي خارجان على يد (في أرض) أي على ان
لكل منهما يدا فيها (قضى بيدهما) لان اليد فيها غير مشاهد لتعذر احضارها
والبينة تثبت ما غاب عن علم القاضي (ولو برهن عليه أحدهما أو كان تصرف
فيها) بان لبن فيها أو بنى أو حفر (قضى بيده) أما الاول فلقيام الحجة فان اليد حق
مقصود وأما الثاني فلوجود التصرف والاستعمال فيها (صبي يعبر) أي يتكلم
ويعلم ما يقول (قال انا حر فالقول له) لانه اذا كان يعبر عن نفسه فهو في يد نفسه فلا
تقبل دعوى أحد عليه انه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ (فان قال أنا عبد
فلان) وهو غير ذي اليد (قضى لمن معه) يعني ذا اليد لانه أقر انه لا يد له حيث أقر
على نفسه بالرق فكان ملكا لمن في يده كالقماش فان قيل الاقرار بالرق ضار
فكان الواجب أن لا يعتبر في حق الصبي قلنا الرق لم يثبت بقوله بل بدعوى ذي
اليد لعدم المعارض لدعوى الحرية لانه لما صار في يد المدعي بقي كالقماش في
يده فيقبل اقراره عليه (فلو كبر وادعى الحرية يسمع) أي ادعاؤه (بالبينة) لان
التناقض في دعوى الحرية لايمنع صحة الدعوى كما سيأتي تحقيقه ان شاء الله تعالى

﴿باب دعوى النسب﴾

اعلم ان الدعوى نوعان أحدهما دعوة الاستيلاد وهو أن يكون العلوق في ملك
المدعي والثاني دعوة التحرير وهي أن لا يكون العلوق في ملك المدعي والاول

داخل فيها والآخر خارج منها فهي
بينهما وكذلك لو كانا جميعا فيها لان اليد على
العقار لاتثبت بالسكون فيها وانما تثبت
بالتصرف اهـ ﴿تنبيه﴾ قال في البدائع
كل موضع قضى بالملك لاحدهما لكون
المدعي في يده تجب عليه اليمين لصاحبه
اذا طلب فان حلف برئ وان نكل يقضى
عليه بالنكول اهـ (قوله الحائط لمن
جذوعه عليه) مبسوطة في التبيين (قوله
برهنا على يد في أرض) أشار به الى أن
اليد لاتثبت في العقار بالتصادق وكذا
بالنكول عن اليمين ولو نكلا جعل في
يد كل منهما نصفها الذي في يد صاحبه
لصحة اقراره في حق نفسه وان حلفا جميعا
لم يقض باليد لهما فيها وبرئ كل عن
دعوى صاحبه كما في التبيين

(قوله باب دعوى النسب) لم توجد هذه
الترجمة بنسخة المحشي التي بأيدينا وانظر
ما وجه سقوطها وحرر اهـ مصححه

أولى لانه أسبق لاستنادها الى وقت العلوق واقتصار دعوة المشترى على الحال وسيأتى توضيحه (باع امة فولدت لاقل من ستة أشهر مذ بيعت فادعاه ثبت نسبه وامية ما) وقال زفر والشافعى لا يثبت لان بيعه اقرار منه بانها أمة فبالدعوة يصير مناقضا ولنا ان مبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض كما سنذكره وقبل دعوته اذا تيقن بالعلوق فى ملكه بالولادة للاقل فانه كالبينة العادلة فى اثبات النسب منه اذ الظاهر عدم الزنا منها وأمر النسب على الخفاء فقد يظن المرء ان العلوق ليس منه ثم يظهر انه منه فكان عذراله فى اسقاط اعتبار التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فيظهر انه باع ام ولده (فيفسخ البيع) لعدم جواز بيع أم الولد (ويرد الثمن) لان سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع بخلاف دعوى أب البائع لعدم انعقاد العلوق على ملكه اذ كان له حق التملك على ولده وقد زال ذلك بالبيع (وان ادعاه المشترى قبله ثبت) أى نسبه (منه) ويحمل على انه نكحها واستولدها ثم اشتراها (ولو) ادعاه (معه) أى مع البائع (أو بعده لا) أى لا يثبت نسب المشترى لان دعوة البائع دعوة استيلاد لكون أصل العلوق فى ملكه ودعوة المشترى دعوة تحرير اذ اصل العلوق لم يكن فى ملكه والاولى أقوى لما مر (كذا) أى يثبت النسب من البائع (ان ماتت الام) فادعاه البائع وقد ولدت للاقل ويأخذه ويسترد المشترى كل الثمن لان الولد هو الاصل فى النسب منه لانها تستفيد الحرية منه ألا يرى الى قوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها فالثابت لها حق الحرية وله حقيقة الحرية والحقيقة أقوى من الحق فيستتبع الادنى ولا يضره فوات التبع (بخلاف الولد) فانه اذا مات دون الام فادعاه البائع وقد ولدت للاقل لم يثبت نسبه لاستغنائه بالموت عن النسب ولم تصر ام ولده لان الاستيلاد فرع النسب فلو ثبت لكان أصلا وهو باطل بخلاف بيعه فانه اذا باع عبدا ولد عنده ثم باعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الاول انه ابنه فهو ابنه وبطل البيعان لان اتصال العلوق بملكه كالبينة العادلة والبيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لاجله (واعتاقهما) أى اعتاق المشترى الام والولد (كموتهما) حتى لو اعتق الام لا الولد فادعى البائع الولد انه ابنه صحت دعوته ويثبت نسبه منه ولو اعتق الولد لا الام لم تصح دعوته لا فى حق الولد ولا فى حق الام أما الاول فلانها ان صحت بطل اعتاقه والعتق بعد وقوعه لا يحتمل البطلان وأما الثانى فلانها تبع له فاذا لم تصح فى حق الاصل لم تصح فى حق التبع ضرورة (والتدبير كالاعتاق) لانه أيضا لا يحتمل النقض لثبوت بعض آثار الحرية كامتناع التمليك للغير وفيما اذا أعتق المشترى الام أو دبرها يرد البائع على المشترى حصته من الثمن عندهما وعنده يرد كل الثمن فى الصحيح كما فى الموت كذا ذكر فى الهداية وذكر فى المبسوط يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق وفرق على هذا بين الموت والعتق بأن القاضى كذب البائع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشترى فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب فى فصل الموت فيؤاخذ بزعمه فيسترد بحصتها أيضا كذا فى الكافى (ولو ولدت لاكثر من سنتين)

(قوله وفيما اذا اعتق المشترى الام أو دبرها الخ) كذا نقل الزيلعى عن المبسوط الاجماع على ان البائع يرد ما يخص الولد خاصة ولا يرد ما يخص الام فيما اذا اعتق الام ثم قال ومن المشايخ من قال يرد البائع جميع الثمن هنا عند ابى حنيفة كما فى فصل الموت لان ام الولد لا قيمة لها عنده ولا تضمن بالعقد فيؤاخذ بزعمه واليه مال صاحب الهداية وصححه وهو يخالف الرواية وكيف يقال يسترد جميع الثمن والبيع لم يبطل فى الجارية حيث لم يبطل اعتاقه بل يرد حصة الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما يعتبر قيمة الام يوم القبض لانها دخلت فى ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لانه صار له القيمة بالولادة فيعتبر قيمته عند ذلك اهـ

(قوله ولو ولدت لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع) كذا لو ولدت لتمام سنتين اذ لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا وهو الشاهد والحجة

(قوله وصدقه المشتري ثبت النسب) لا يخفى ما في التركيب من السقط واستقامته أن يزاد لفظة ان فتكون العبارة هكذا وان صدقه المشتري ثبت النسب (قوله وكانت ام ولده نكاحا هي امة ولدت من زوجها فملكها) فيه نظر اذ لو ثبت أموميتها

من وقت البيع (لم تصح دعوة البائع) اذ لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا وهو الشاهد والحجة (وصدقه المشتري) أي صدق المشتري البائع (ثبت النسب) اذ عدم ثبوته لرعاية حقه واذا صدقه زال ذلك المانع (ولم يبطل بيعه) للجزم بان العلوق ليس في ملكه فلا تثبت حقيقة العتق ولا حقه لانه دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله (وكانت أم الولد نكاحا) هي أمة ولدت من زوجها فملكها أو أمة ملكها زوجها فولدت فادعى الولد (ولو ولدت فيما بين الاقل والاكثر وصدقه) أي المشتري (كان الحكم كالاول) يعني يثبت نسبه وأميتها ويفسخ البيع ويرد الثمن ثم لما بين حكم ولد الامة ولدت بعدما باعها ثم ادعاه أراد أن يبين حكم ولد ولد عنده بقوله (باع المولود عنده فادعاه بعد بيع مشتريه ثبت نسبه ورد بيعه) لان اتصال العلوق بملكه كالبينة كامر والبيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لاجله (كذا لو كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو) كاتب (الام أو رهنها أو آجرها ثم زوجها ثم ادعاه) حيث يثبت النسب ويرد هذه التصرفات بخلاف الاعتاق على مامر (باع أحد توأمين) وهما ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فيكونان من ماء واحد اذ لا يتصور كون علوق الثاني حادثا اذ لا حبل لاقل من ستة أشهر والعلوق على العلوق متعذر لانها اذا حبلت ينسد فم الرحم واذا كان كذلك فاذا ادعى نسب أحدهما يثبت نسبهما منه لانهما لا ينفصلان نسبا فثبوت نسب أحدهما يستلزم ثبوت نسب الآخر (علوقهما وولادتهما عنده وأعتقه مشتريه ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري) لان الذي عنده ظهر أنه حر الاصل فاقتضى كون الآخر أيضا كذلك لاستحالة كون أحدهما حر الاصل والآخر رقيقا وقد خلقا من ماء واحد وكان هذا نقض الاعتاق بأمر فوقه وهو حرية الاصل (قال لصبي هذا الولد مني ثم قال ليس مني ثم قال هو مني يصح) اذ بالاقرار بانه ابني تعلق حق المقر والمقر له أما حق المقر له فانه يثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفي كونه مخلوقا من ماء الزنا فاذا قال ليس هذا الولد مني لا يملك ابطال حق الولد فاذا عاد الى التصديق يصح ولو قال هذا الولد مني ثم قال ليس مني لا يصح النفي لان النسب ثبت واذا ثبت النسب لا ينتفي بالنفي وهذا اذا صدقه الابن أما بغير التصديق فلا يثبت النسب لانه اقرار على الغير بانه جزء منه لكن اذا لم يصدقه الابن ثم عاد الى التصديق ثبت النسب لان اقرار الاب لم يبطل بعدم تصديق الابن فيثبت النسب ولو أنكر الاب الاقرار وأقام الابن البينة أنه أقر أنه ابنه يقبل بينته والاقرار بانه ابني مقبول لانه اقرار على نفسه بانه جزؤه أما الاقرار بأنه أخوه لا يقبل لانه اقرار على الغير كذا في العمادية (قال له) أي لصبي (هو ابن زيد ثم قال هو ابني لم يكن ابنه وان) وصلية (جحد زيد بنوته) هذا عند أبي حنيفة وقالا اذا جحد زيد بنوته فهو ابن المولى واذا صدقه زيد أو لم يدر

كما ذكر لحكم بنقض بيعها ولا ينقض والصواب ما قال في الكافي ولو ولدت لاكثر من سنتين من وقت البيع ردت دعوة البائع الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب منه ويحتمل أن البائع استولدها بحكم النكاح حملا لامره على الصلاح ويبقى الولد عبدا للمشتري ولا تصير الامة أم ولد للبائع كما لو ادعاه أجنبي آخر لان بتصادقهما ان الولد من البائع لا يثبت كون العلوق في ملكه لان البائع لا يدعي ذلك وكيف يدعي والولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين فكان حادثا بعد زوال ملك البائع واذا لم يثبت العلوق في ملك البائع لا يثبت حقيقة العتق للولد ولا حق العتق للامة ولا يظهر بطلان البيع ودعوة البائع هنا دعوة تحرير وغير المالك ليس بأهل لها اهـ (قوله أو أمة ملكها زوجها فولدت فادعى الولد) ليس بسديد لانها اذا ولدت بعد الشراء لاقل من ستة أشهر لا يحتاج الى دعوة الولد بل تصير ام ولد ويثبت النسب وان لم يدعه واذا ولدت لاكثر من ستة أشهر من وقت الملك فادعاه كانت أم ولد بالملك لا بالنكاح (قوله يعني ثبت نسبه وأميتها) أي لامكان أن يكون العلوق في ملك البائع وكانت دعوة استيلاد وهذا اذا حصل التصادق ولو تنازعا فالقول للمشتري بالاتفاق والبينة للمشتري عند أبي يوسف وعند محمد البينة للبائع (قوله علوقهما وولادتهما عنده) أي في ملكه أشار به الى أنه لو لم يكن أصل العلوق في ملكه والصورة بحالها وقد أعتق المشتري ما اشتراه لا يبطل عتقه كما في الكافي والتبيين (قوله كذا في العمادية)

أي كذا ذكر التعليل والتقييد أما لفظ المسئلة فيه فذكره بعد ورقة ونصف حكاية عن العمادية والاستروشنية (قوله تصدقه وقالا ان جحد زيد بنوته فهو ابن للولي) لم يشترط كونه في يده اشارة الى ان ما وقع في الكافي من التقييد به ليس احترازيا ولفظه رجل في يده صبي فقال هو ابن عبدي الخ وقال الزيلعي لا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبي في يده واشتراطه في الكتاب وقع اتفاقا

تصديقه ولا تكذيبه لم تصح دعوة المقر عندهم لهما أن الاقرار ارتد برد زيد فصار كأن لم يكن والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان لم يحتمل النقض وله ان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد اذ تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت النسب منه وأيضا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له (قال له) أي لصبي كان في يد مسلم وكافر (مسلم هو عبدي وكافر هو ابني كان ابنا وحرا وان ادعيا معا) لانه يكون حرا حالا ومسلما مآلا لأن دلائل التوحيد ظاهرة لكل عاقل وفي العكس يثبت الاسلام تبعا ولا يحصل له الحرية مع عجزه عن تحصيلها (وان سبق دعوى المسلم كان عبدا له) كذا في النهاية وان ادعيا البنوة كان ابنا للمسلم لاستوائهما في دعوى البنوة ويرجح المسلم بالاسلام وهو أولى للصبي لحصول الاسلام له حالا تبعا لابيه (قال زوج امرأة لصبي معهما هو ابني من غيرها وقالت ابني من غيره فهو ابنهما لو كان غير معبر والا) أي وان كان معبرا (فهو لمن صدقه) لان كلا منهما أقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه فصح اقرارهما له ولا يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يترجح أحدهما على الآخر لاستوائهما يدا وقيام أيديهما عليه وقيام الفراش بينهما دليل ظاهر على انه منهما (ادعت ذات زوج بنوة صبي لم يجز حتى تشهد امرأة على الولادة) لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف ادعاء الرجل فان فيه تحميل النسب على نفسه ثم شهادة القابلة حجة فيه لان الحاجة الى تعيين الولد اذ النسب يثبت بالفراش القائم (وان كانت معتدة لزم حجة تامة) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهي رجلان أو رجل وامرأتان الا اذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مر في الطلاق (ولولا النكاح والعدة كان ابنها) أي ان لم تكن ذات زوج ولا معتدة يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها كما في الرجل (ولدت أمة تزوجها) أي رجل (على انها حرة أو اشتراها أو اتهبها واستحقت) يعني من وطئ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فولدت ثم استحقت الوالدة (غرم الاب قيمة الولد) باجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق أبيه ورقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده بلا تعد منه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلذا يعتبر قيمته (يوم يخاصم) لانه يوم المنع (وهو حر) لما مر انه خلق من ماء الحر ولم يرض الوالد برقيته كما رضي في الامة المنكوحة (وان مات فلا شئ على أبيه) لانعدام المنع (ويرثه) أي يكون الاب وارثا له لانه حر الاصل في حق أبيه فما ترك يكون ميراثا لابيه (وان قتله أبوه أو) قتله (غيره وأخذ) أي أبوه (ديته غرم) أي أبوه (قيمته) في الصورتين أما في الاولى فلتحقق المنع من الاب بقتله وأما في الثانية فلسلامة الولد له اذ الدية بدل المحل شرعا فصار الولد سالما له بسلامتها فيغرم قيمته للمستحق كما لو كان حيا (ورجع بها) أي بالقيمة التي ضمنها (كثمنها) أي كما

(قوله اذ تعلق به حق المقر له) يشير الى ان ولد الملاعن لا يثبت نسبه من غيره لتعلق حقه به بتكذيب نفسه (قوله أي لصبي كان في يد مسلم وكافر) صرح به شرحا لعدم علمه من المتن (قوله ادعت ذات زوج) أوردها وان تقدمت في الطلاق تبعا للهداية والكافي واقتصر على ذكرها في الطلاق صاحب الكنز (قوله ولولا النكاح والعدة كان ابنها) كذا في الكافي ثم قال ومن المشايخ من أجرى المسئلة على اطلاقها وردقولها وان لم تكن ذات زوج (قوله ولدت أمة تزوجها على انها حرة) قال الزيلعي ثم هذا الغرور ان كان في ملك اليمين فظاهر أي في ثبوت الحرية للولد اه وان كان في النكاح فان القاضي يقضي بها وبولدها للمستحق عند اقامة المستحق البينة انها له لانه ظهر له انها للمستحق وفرعها يتبعها الا اذا أثبت الزوج انه مغرور بأن يقيم البينة انه تزوجها على انها حرة فيثبت به حرية الاصل للاولاد اه (قوله فلذا يعتبر قيمته يوم يخاصم) لانه يوم المنع كذا في التبيين والمراد بيوم التخاصم يوم القضاء لان عبارة الزيلعي يضمن الاب قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع أو التحول من العين الى القيمة لانه لما علق رقيقا في حق المولى كان حقه في عين الولد وانما يتحول الى القيمة بالقضاء فتعتبر قيمته وقت التحول اه ولما قال قاضي زاده ذكر في شرح الطحاوي يغرم قيمة الولد يوم القضاء اه (قوله وان مات فلا شئ على أبيه) يعني لو مات قبل الخصومة كما في التبيين (قوله أو قتله غيره وأخذ أي أبوه ديته غرم قيمته) يشير الى انه لو لم يأخذ شيئا لا يغرم شيئا ولو قبض قدر قيمة المقتول أو بعضها قضي عليه بما قبض كما في التبيين (قوله ورجع بها) أي بقيمته التي ضمنها يعني في صورة قتل غير الاب أما اذا قتله الاب كيف يرجع بما غرم وهو ضمان اتلافه وقد صرح الزيلعي بذلك أي بالرجوع فيما اذا قتله غيره وبعدمه بقتله اه ولا فرق بين كونها باقية فأخذها المستحق لها أو ماتت عند المشتري وضمن قيمتها فيرجع بثمنها على بائعه وبقيمة الولد ولو زوجها له أحد على انها حرة فاستحقت ضمن له قيمة ولده

يرجع بثمن الجارية (على بائعه) أي بائع الولد يبيع أمه لانه ضمن سلامته لانه جزء المبيع والبائع يضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه لان الغرور يشملها (لا بالعقر) أي لا يرجع به عليه لانه لزمه باستيفاء منافعها وهي ليست من أجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته

{فصل} (الاستشراء والاستيهاب والاستيداع والاستئجار) أي طلب شراء شيء من غيره وطلب هبته منه وطلب ايداعه عنده وطلب اجارته له (يمنع دعوى الملك) للطالب لان كلا منها اقرار بان ذلك الشيء ملك لذي اليد فيكون الطلب بعده تناقضا (والاستنكاح في الامة يمنعها) أي دعوى الملك (وفي الحرة) يمنع (دعوى النكاح) كذا في مجمع الفتاوى (ادعى) على آخر (مالا فقال الخصم) أي المدعى عليه على وجه الدفع (أبرأني عن دعواه وبرهن فادعى ثانيا انه) أي المدعى عليه (أقر بعد الابراء فلو كان قال) أي الخصم (أبرأني وقبلته أو قال صدقته في ذلك لم يصح دفع الدفع) يعني دعوى الاقرار وان لم يكن قال قبلت الابراء صح لانه اذا لم يقل ذلك جاز أن يكون المال عليه لرده الابراء لانه يرتد بالرد بخلاف ما اذا قال قبلت الابراء لانه بعد القبول لا يرتد بالرد كذا في الفتاوى الظهيرية (ادعى) رجل (على آخر مالا فقال) أي الآخر (ما كان لك علي شيء قط) معناه نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق (فبرهن) أي المدعي (على ألف وبرهن المنكر على القضاء أو الابراء قبل هذا) أي صار برهان المنكر مقبولا وقال زفر لا يقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فكان مناقضا في دعواه ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة (الا أن يزيد) أي المدعى عليه بان يقول (ولا أعرفك) وما أشبهه كقوله ولا رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة فلا تقبل بينته على القضاء ولا على الابراء لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين أخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا اختلاط ومعرفة (وقيل يقبل به أيضا) نقل القدوري عن أصحابنا انه أيضا يقبل لان المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل البينة وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بلا معرفة كذا في العناية وقال في القنية المدعى عليه قال للمدعي لا أعرفك فلما ثبت الحق بالبينة ادعى الايصال لا تسمع ولو ادعى اقرار المدعي عليه بالوصول أو الايصال تسمع (قال أحد الورثة لا دعوى لي في التركة لا يبطل دعواه) لان ما ثبت شرعا من حق لازم لا يسقط بالاسقاط كما لو قال لست أنا ابنا لابي (قال لست أنا وارث فلان ثم ادعى ارثه وبين الجهة صح) لما سيأتي ان التناقض في موضع الخفاء لا يمنع صحة الدعوى (قال ذو اليد ليس هذا لي ونحوه) أي ليس ملكي أو لا حق لي فيه ونحو ذلك (ولا منازع ثمة ثم ادعاه فقال ذو اليد هو لي صح) والقول قوله لان هذا الكلام لم يثبت حقا لاحد لان الاقرار للمجهول باطل والتناقض انما يبطل اذا تضمن ابطال

لانه صاحب علة فيضاف اليه الحكم بخلاف ما لو أخبره بحريتها أو أخبرته هي وتزوجها من غير شرط الحرية حيث يكون الولد رقيقا ولا يرجع على المخبر بشيء لان الاخبار سبب محض ولو باعها المشتري من آخر فاستولدها الثاني ثم استحقت رجع الثاني على البائع الثاني بالثمن وقيمة ولده ويرجع المشتري الاول على البائع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند أبي حنيفة وقالا يرجع عليه بقيمته أيضا كما في التبيين (قوله لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع الخ) يشير الى انه انما نزل الولد منزلة الجزء الموجود حالة البيع ليضمنه بائعه لسلامته بطريق استلزام سلامة الام والا فهو منعدم حقيقة وقت البيع فلا يدخل في ضمان البائع لحدوثه والبائع انما يضمن سلامة الموجود

{فصل} (قوله والاستئجار) منع الدعوى به اذا لم يدع ملكيتها بشراء وليه في صغره كما سيذكره المصنف آخر الفصل (قوله يمنع دعوى الملك) أي لنفسه كون هذه الاشياء اقرارا بعدم الملك للمباشر متفق عليه وأما كونها اقرارا بالملك لذي اليد ففيه روايتان على رواية الجامع يفيد الملك لذي اليد وعلى رواية الزيادات لا وهو الصحيح كذا في الصغرى وفي جامع الفصولين صحح رواية افادة الملك فاختلف التصحيح للروايتين وينبني على عدم افادته ملك المدعى عليه جواز دعوى المقر به لغيره اه وقال في جامع الفصولين الحاصل من جملة ما مر ان المدعي لو صدر عنه ما يدل على أن المدعى ملك المدعى عليه تبطل دعواه لنفسه ولغيره للتناقض ولو صدر عنه ما يدل على عدم ملكه ولا يدل على عدم ملك المدعى عليه بطل دعواه لنفسه لا لغيره لانه اقرار بعدم ملكه لا بملك المدعى عليه ولو صدر عنه ما يحتمل الاقرار وعدمه فالترجيح بالقرائن والا فلا يكون اقرارا للشك اه (قوله ادعى على آخر مالا الخ) هذا على قول من اعتبر امكان التوفيق لا من شرط التوفيق كما في جامع الفصولين

(قوله كذا في العمادية) نقله صاحب جامع الفصولين ثم قال أقول ما قدمه أي العمادي في اقرار ذي اليد من ان الاقرار المجهول باطل والتناقض انما يمنع الخ يشأتي في اقرار المدعي أيضا فينبغي أن يتحد حكما والظاهر ان في اقرار المدعي خلافا يفصح عنه ما مر في عرفان أحدهما بخلاف للآخر ويلوح لي ان الخلاف واقع فيما اذا أقر المدعي قبل التنازع أما لو قال مع وجود المنازع ينبغي ان تبطل دعواه وفاقا على عكس ذي اليد يعني ان اقرار ذي اليد مع وجود المنازع خلاف ومع عدم المنازع لا تبطل دعواه وفاقا والفرق ان ذا اليد اذا أقر قبل النزاع بطل اقراره اذ اليد دليل الملك فنفي الملك ذلك عن نفسه من غير اثباته لغيره لا يجوز فلغا نفي ذي اليد ملكه وفاقا ولو أقر ذو اليد عند التنازع قيل انه اقرار للمدعي بدلالة النزاع وقيل انه لغو نظرا الى انه ملكه بدليل اليد والملك لا ينتفي بمجرد النفي وكذا لو أقر غير ذي اليد قبل النزاع قيل انه لغو نظرا الى جهالة المقر له ولا نزاع ليكون قرينة لتعين المقر له وقيل هو اقرار به لذي اليد بقرينة اليد ولو أقر غير ذي اليد عند النزاع ينبغي ان ينفذ اقراره ٣٠٠ وفاقا لانه نفي عن نفسه ملك غيره ظاهرا وهذا حق ظاهر انصرف الى انه اقرار به لذي اليد وفاقا بقرينة اليد والنزاع هذا ما ورد على الخاطر الفاتر في تحقيق هذا المرام على حسب ما اقتضاه الوقت والمقام والحمد لله ملهم الصواب ومسهل الصعاب اه (قوله ولو عكس) أي ادعى انها وقف أو لفلان ثم ادعى لنفسه لم يجز في رواية وهي رواية قاضيخان وجاز في رواية أخرى ان وفق الخ) لا يخفى أن العكس شامل لما اذا ادعى الوقف أولا ثم ادعاه لنفسه وليس فيما ذكره من السند ما يقتضي صحته ولا على رواية فان قوله وجاز في أخرى ان وفق وهي رواية الذخيرة حيث قال فيه ومن ادعى لغيره بالوكالة أو الوصاية ثم ادعى لنفسه لا يقبل الا أن يوفق فيقول كان لفلان ثم شريته منه وأقام البينة على ذلك فحينئذ يقبل اه ليس فيه تعرض لذكر ما لو ادعى الوقف أولا ثم ادعاه لنفسه فلم يبق ما يقابل قول قاضيخان في منع صحة دعواه لنفسه بعد ادعائه الوقف فليتأمل (قوله برهن أنه ابن عمه لابيه وأمه وبرهن الدافع انه ابن عمه لامه فقط) مستغنى عنه بقوله ادعى العصوبة وبين النسب وبرهن الخصم ان النسب بخلافه لانه شامل لما اذا برهن الدافع انه ابن عمه لامه فقط (تنبيه) ما يذكر في دعوى الدفع يثبت الدفع فقط لا النسب كما في جامع الفصولين (قوله لتأكده بالقضاء بخلاف الاول) صوابه الثاني (قوله ادعى ميراثا بالعصوبة) مستغنى عنه بما قبله (قوله قال هذا الولد مني الخ) تقدم مشروحا بأوفى من هذا والذي يظهر لي أن اللفظة الثالثة وهي قوله ثم قال هو مني صح ليس لها فائدة في ثبوت النسب لانه بعد الاقرار به لا ينتفي بالنفي فلا يحتاج الى الاقرار به بعده فليتأمل

حق على أحد (ولو كان ثمة منازع كان اقرارا له في رواية) وهي رواية الجامع الصغير (وفي أخرى لا) وهي رواية دعوى الاصل لكن قالوا القاضي يسأل ذا اليد أهو ملك المدعي فان أقر به أمره بالتسليم اليه وان أنكر أمر المدعي باقامة البينة عليه (ولو قاله) أي قال ليس هذا لي ونحوه (الخارج لا يدعي) ذلك الشيء (بعده) للتناقض وانما لم يمنع ذا اليد على ما مر لقيام اليد كذا في العمادية (ادعى زيد مالا ولم يثبت فادعاه على آخر لم تسمع) كذا في القنية (اقرار مال لغيره كما يمنع دعواه لنفسه يمنعها) أي دعواه (لغيره بوكالة أو وصاية) يعني اذا أقر رجل بمال انه لفلان ثم ادعاه لنفسه لم يصح وكذا اذا ادعاه بوكالة أنه لموكله أو وصاية أنه لورثة موصيه لان فيه تناقضا لان المال الواحد لا يكون لشخصين في حالة واحدة (بخلاف ابرائه عن جميع الدعاوى ثم الدعوى بهما) أي بوكالة ووصاية حيث تصح لعدم التناقض لان ابراء الرجل عن جميع الدعاوى المتعلقة بماله لا يقتضي عدم صحة دعوى مال غيره على ذلك الرجل (ادعى دارا لنفسه ثم ادعى انها وقف عليه تسمع كدعواها له) أي لنفسه (ثم) دعواها (لغيره ولو عكس) أي ادعى انها وقف أو لفلان ثم ادعى لنفسه (لم يجز في رواية) وهي رواية قاضيخان (وجاز في) رواية (أخرى ان وفق) وهي رواية الذخيرة حيث قال فيه ومن ادعى لغيره بالوكالة أو الوصاية ثم ادعى لنفسه لا تقبل الا أن يوفق فيقول كان لفلان ثم اشتريته منه وأقام البينة على ذلك فحينئذ تقبل (ادعى العصوبة) وبين النسب (وبرهن الخصم ان النسب بخلافه ان قضى بالاول لم ينقض به والا تساقطا) للتعارض وعدم الاولوية (برهن أنه ابن عمه لابيه وأمه وبرهن الدافع انه ابن عمه لامه فقط أو على اقرار الميت به) أي بانه ابن عمه لامه فقط (كان دفعا قبل القضاء بالاول لا بعده) لتأكده بالقضاء بخلاف الاول (ادعى ميراثا بالعصوبة فدفعه أن يدعي خصمه قبل الحكم اقراره) مفعول يدعي (بانه من ذوي الارحام) اذ يكون حينئذ بين كلاميه تناقض (قال هذا الولد

مني ثم قال هذا الولد ليس مني ثم قال هو مني صح) اذ باقراره بانه منه تعلق حق
المقرله اذ يثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفي كونه مخلوقا من ماء الزنا فاذا قال
ليس هذا الولد مني لا يملك ابطال حق الولد فاذا عاد الى التصديق يصح اقول قد
وقعت العبارة في الاستروشنية والعمادية هكذا قال هذا الولد ليس مني ثم قال هو
مني صح اذ باقراره انه منه الى آخره الظاهر انه سهو من الناسخ الاول يدل عليه
التعليل الذي ذكره لانه يقتضي ههنا ثلاث عبارات تفيد الاولى اثبات البنوة
والثانية نفيها والثالثة العود الى الاثبات والمذكور فيهما العبارتان فقط (ولو
عكس) اي قال هذا الولد مني ثم قال ليس مني (لا) اي لا يصح النفي لان النسب
ثبت واذا ثبت لا ينتفي بالنفي (برهن على قول المدعي انا مبطل في الدعوى او
المدعي انا مبطل في الدعوى او شهودي كذبة او ليس لي عليه شئ صح الدفع ولو
برهن على قوله بدروغ گواهان آرم لا) اي لا يصح الدفع اذ لا يلزم منه كذب
شهود يأتي بهم الخصم (المدعى عليه جاء بخط البراءة) يعني اذا ادعى رجل على
آخر قدرا من المال فاقر به المدعى عليه ثم قال قد أبرأت ذمتي عنه واظهر كتاب
الابراء (فقال المدعي) نعم كنت ابرأت ذمته لكني (كنت صبيا وقت الابراء
فالقول له) والبينة على خصمه لانه أسنده الى حالة منافية للضمان فالخصم اذا
اثبت بلوغه في ذلك الوقت اندفع كلامه (ادعى قيمة جارية مستهلكة فبرهن
الخصم انها حية ترا ابنها في بلد كذا لا يقبل الا ان يجيء بها حية) كذا في الذخيرة
(ادعى الاخوة ولم يذكر اسم الجد صح بخلاف دعوى كونه ابن عمه) حيث يشترط
فيها ذكر اسم الجد كذا في العمادية (التناقض في موضع الخفاء لا يمنع صحة
الدعوى وقيل يمنع) ولهذا الاصل فروع كثيرة ذكر بعضها سابقا وسيذكر بعضها
وذكر ههنا واحدا منها فقال (فان ادعى الوصية وانكرها الوارث فاقام) اي
الموصى له (بينة فادعى الوارث الرجوع تقبل) وهو الصحيح لان هذا تناقض في
طريقه خفاء اذ لعل الموصي قد أوصى ولم يعلم به الوارث ورجع الموصي ولم يعلم به
الوارث فجحد بناء على ذلك (وقيل لا) اي لا يقبل لظاهر التناقض وايضا اذا
استأجر دارا من رجل ثم ادعى على الآخر ان هذه الدار ملكي لان أبي كان
اشتراها لاجلي في صغري وهي ملكي فاقام البينة تسمع ولا يكون هذا التناقض
مانعا صحة الدعوى لما فيه من الخفاء لان الاب يستقل بالشراء للصغير ومن
الصغير لنفسه والابن لا علم له بذلك وهذا كما لو أقامت المرأة بينة على الطلاق ثلاثا
بعدما اختلعت نفسها له ان تسترد بدل الخلع وان كانت متناقضة لاستقلال
زوجها في ايقاع الطلاق عليها من غير علمها ولهذا نظائر ذكرت في العمادية
وغيرها

(تذنيب) (الكفيل ينتصب خصما عن الاصيل بلا عكس) اي الاصيل
لا ينتصب خصما عن الكفيل لان القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل
والقضاء على الاصيل ليس قضاء عليه صورته كان لرجل على آخر الف درهم وله
كفيل بامر المطلوب فلقي الطالب الاصيل قبل ان يلقى الكفيل واقام عليه بينة

(قوله وقد وقعت العبارة في الاستروشنية
والعمادية الخ) هو ما وعدت به اه
هذا وقد ناقض في التعليل أيضا
صاحب جامع الفصولين ثم قال فالاولى
ان يقال بان التناقض لا يمنع في مثله
(قوله ولو عكس اي قال هذا الولد مني
ثم قال ليس مني لا اي لا يصح النفي) صحح
باعتبار هذا الحل وفيه نظر باعتبار انه
نفي لثبوت النسب بما قال قبله متنا لان
قوله هذا الولد مني ثم قال هذا الولد ليس
مني ثم قال هو مني صح مع قوله هذا ولو
عكس لا ظاهره انه لو عكس لا يصح
النسب لان قوله صح انما هو للنسب اي
صح الاقرار بالنسب ولا يصح ان يكون
للنفي على ان عكس المسئلة لا يغايرها
على ما ذكره بالنظر الى الالفاظ الثلاثة
لان الطرفين متفقان في الثبوت والنفي
متوسط بينهما فتأمل والتصديق من
المقر له وعدمه سيأتي في الاقرار وتقبل
بينته بعد انكار المقر على اقراره بنسبه
كما في جامع الفصولين (قوله فالخصم اذا
اثبت بلوغه) اي بلوغ المقر في ذلك الوقت
اي وقت الاقرار اندفع كلامه اي كلام
المقر اني كنت صبيا وقت الاقرار (قوله
ادعى الاخوة ولم يذكر اسم الجد صح)
بخلاف دعوى كونه ابن عمه كذا في جامع
الفصولين (قوله فادعى الوارث الرجوع
يقبل الخ) كذا في جامع الفصولين ثم
قال ولو برهن على جحود الموصي الوصية
يقبل على رواية كون الجحود رجوعا
لا على رواية انه ليس برجوع اه (قوله
تذنيب) عقد له في الفصولين فصلا ترجمه
بقيام بعض اهل الحق عن البعض
وسيذكر مثل هذا في القضاء

ان لى عليك كذا وفلان كفل به بامرك فانه يقضى على الاصيل بالف درهم ولا يكون هذا قضاء على الكفيل حتى لو لقى الكفيل ليس له ان يأخذ منه شيأ بلا اعادة البينة عليه ولو لقى الكفيل أولا وادعى ان لى على فلان الغائب الفا وانت كفيل بها عنه بامره واقام البينة ثبت المال عليه وعلى الغائب وينتصب الكفيل خصما عن الاصيل (اذا اشترك الدين بين شريكين لا بجهة الارث فاحدهما لا ينتصب خصما عن الآخر) عند أبي حنيفة رحمه الله (بخلاف ما اذا اشترك بها) يعنى اذا اشترك بينهما بجهة الارث فاحدهما لا ينتصب خصما عن الآخر وعند أبي يوسف ينتصب خصما على كل حال قال محمد رحمه الله ما قاله ابو حنيفة قياس وما قاله ابو يوسف رحمه الله استحسان ومحمد أخذ بالاستحسان كابي يوسف رحمه الله كذا فى المنتقى ثم على قولهما اذا حضر الغائب وصدق الحاضر فيما ادعى كان بالخيار ان شاء شارك المدعى فيما قبض ثم يتبعان المطلوب وان شاء يتبع المطلوب ويأخذ نصيبه كذا فى العمادية

﴿كتاب الاقرار﴾

اورده بعد الدعوى لان الدعوى تنقطع به فلا يحتاج بعده الى شئ آخر حتى اذا لم يوجد يحتاج الى الشهادة ولهذا عقبه بها (هو) مشتق من القرار وهو لغة اثبات ما كان متزلزلا وشرعا (اخبار بحق لآخر عليه) لا اثبات له عليه لما سيأتى وشروطه ستذكر فى أثناء الكلام ان شاء الله تعالى وحكمه ظهور المقر به (بلا تصديق) وقبول من المقر له فانه يلزم على المقر ما أقر به لوقوعه دالا على المخبر به لان مدلوله الصدق والكذب احتمال عقلى كما تقرر فى موضعه (الا فى نسب الولاد) يعنى اذا أقر رجل ببنوة غلام مجهول النسب صح اقراره وكذا اذا اقر هو او امرأة بالوالدين والولد صح (ونحوه) وهو ان يقر رجل او امرأة بالزوج أو المولى حيث صح وشرط تصديق هؤلاء وسيأتى تمام بيانه (ولكن يرد) أى الاقرار (برده) أى برد المقر له (الا بعده) أى بعد تصديقه فانه لا يرد حينئذ (لا ثبوته ابتداء) عطف على قوله ظهور المقر به أى لا ثبوت المقر به للمقر له لانه ليس بناقل للملك المقر الى المقر له أقول سره أن الاقرار اخبار يحتمل الصدق والكذب فيجوز تخلف مدلوله الوضعى عنه بخلاف الانشاء كالبيع والهبة ونحوهما لانه ايجاد معنى بلفظ يقارنه فى الوجود فيمتنع فيه التخلف وقد فرع على كون حكم الاقرار ظهور المقر به لا ثبوته ابتداء أولا بقوله (فصح الاقرار بالخمر للمسلم) حتى يؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا مبتدأ لما صح وثانيا بقوله (لا) الاقرار (بطلاق وعتق مكرها) لقيام دليل الكذب وهو الاكراه ولو كان حكمه ثبوت ما أقر به بان كان انشاء لصح لان انشاءهما مع الاكراه يصح عندنا وثالثا بقوله (ولو ادعاه) أى الاقرار (ابتداء) بان يقول انك أقررت لى بكذا فادفعه لى (أوجعله) أى الاقرار (سببا) بان يقول ان لى عليك كذا لانك اقررت لى به (لم يسمع) عند عامة المشايخ لان نفس الاقرار ليس ناقلا للملك لما عرفت (بخلاف دعواه) أى الاقرار (فى الدفع) فانهم اختلفوا انه هل يصح دعوى الاقرار فى طرف الدفع حتى لو أقام المدعى عليه

﴿كتاب الاقرار﴾

(قوله هو اخبار بحق لآخر لا اثبات له عليه) هذا على ما قاله محمد بن الفضل والقاضى أبو حازم الاقرار اخبار عن امر سابق وذكر أبو عبد الله الجرجانى انه تمليك فى الحال وذكر استشهاد كل على ما قال بمسائل ذكرت فى الفصل التاسع من الاستروشنية (قوله وله شروط ستذكر) هى العقل والبلوغ والحرية فى بعض الاحكام وكون المقر به مما يجب تسليمه الى المقر له حتى لو اقر انه غصب كفا من تراب او حبة حنطة لا يصح لان المقر به لا يلزمه تسليمه الى المقر له كما فى المحيط ومنها الطواعية ولو سكران محرم صح اقراره الا فى الحدود الخالصة حقا لله (قوله وحكمه ظهور المقر به) بمعنى لزومه على المقر (قوله وشرط تصديق هؤلاء) يعنى فى الجملة لما نذكر ان الغلام الذى لم يعبر عن نفسه لا يشترط تصديقه ولذا قال وسيأتى تمام بيانه (قوله فصح الاقرار بالخمر للمسلم) يعنى الخمر القائمة لا المستهلكة اذ لا يجب بدلها للمسلم نص عليه فى المحيط واليه الاشارة بقول المصنف حتى يؤمر بالتسليم اليه (قوله اوجعله اى الاقرار سببا لم يسمع عند عامة المشايخ كذا فى جامع الفصولين ثم ذكر نقلا آخر انه يسمع عند عامة المشايخ اهـ فقد وقع اختلاف النقل عن عامة المشايخ ولكن المفتى به انه لا تسمع لما قال فى الفواكه البدرية ادعى عليه بكذا لما انه اقر له به لا يقبلها القاضى ولا تسمع هذه الدعوى على الصحيح المفتى به

بينة أن المدعي اقرانه لاحق له على المدعى عليه أو أقام بينة أن المدعي اقر ان هذا العين ملك هذا المدعى عليه هل يقبل قال بعضهم لا يقبل وعامتهم على انه يقبل وأجمعوا على انه لو قال هذا العين ملكي واقربه صاحب اليد اوقال لي عليه كذا وكذا اقربه هذا المدعى عليه تصح الدعوى وتسمع البينة على اقراره لانه لم يجعل الاقرار سببا للوجوب وفي هذه الصورة لو انكر هل يحلف على عدم اقراره فيه خلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وقيل يحلف لانه لو نكل ثبت الاقرار والفتوى على انه لا يحلف على الاقرار وانما يحلف على المال كذا في العمادية ورادها بقوله (ولو كذب المقر) اى في اقراره بالمال (لم يحل له) اى للمقر له (أخذ المال الا بطيب نفسه) اى نفس المقر ولو كان حكمه الثبوت يحل اخذه (وهو) اى الاقرار (حجة قاصرة) اما حجته فلان النبي عليه الصلاة والسلام قد رجم ماعزا باقراره على نفسه بالزنا والغامدية باقرارها فلما جعل الاقرار حجة في الحدود التي تندرئ بالشبهات فلان يكون حجة في غيرها اولى وعليه انعقد اجماع الامة واما قصوره فلقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه (بخلاف البينة) فانها تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فيتعدى الى الكل أما الاقرار فلا يفتقر الى القضاء وله ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه حتى لو اقر مجهول النسب بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على اولاده وامهاتهم ومدبريه ومكاتبيه اذ ثبت حق الحرية او استحقاقها لهؤلاء فلا يصدق عليهم (اقر مكلف) اى عاقل بالغ (حر أو عبد مأذون له بمعلوم) متعلق باقر (صح) اى اقرار كل من الحر والعبد المأذون أما الاول فظاهر وأما الثاني فلانه ملحق بالاحرار في حق الاقرار لان المولى اذا اذن له فقد رضي بتعلق الدين برقبته فكان مسلطا عليه من جهته (مطلقا) اى سواء كان تصرفا لا يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف أولا كما سيأتي وشرط التكليف لان الصبي والمجنون لا يتعلق باقرارهما حكم (ولو) اقر (بمجهول صح) ايضا لان الحق قد يلزمه مجهولا بأن أتلف مالا لا يدري قيمته او جرح جراحة لا يعلم أرشها (لو) كان ذلك التصرف (تصرفا لا يشترط لصحته) وتحققه (اعلام ما صادفه ذلك التصرف كالغصب والوديعة) فان الجهالة لا تمنع تحقق الغصب فان من غصب من رجل مالا مجهولا في كيس او اودعه مالا في كيس صح الغصب والوديعة وثبت حكمهما (بخلاف ما اشترط له ذلك) فان كل تصرف يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة لا يصح (كالبيع والاجارة) فان من اقر انه باع من فلان شيئا او آجر من فلان شيئا او اشترى من فلان كذا بشئ لا يصح اقراره ولا يجبر المقر على تسليم شئ (ولزمه) اى المقر بمثل الغصب والوديعة (بيان ما جهل بماله قيمة) يعني اذا قال لفلان على شئ او حق لزمه أن يبينه بماله قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب في الذمة فاذا بين بغير ذلك كان رجوعا فلا يصح (وصدق المقر بيمينه ان ادعى خصمه اكثر منه ولم يبرهن) يعني أن المقر اذا بين المجهول بماله قيمة وادعى المقر له اكثر منه فان برهن عليه حكم به والا صدق المقر بيمينه على عدم

(قوله او عبد مأذون له) كذا الصبي المأذون له ومحل صحة اقرار العبد المأذون ما هو من باب التجارة فلا يصح بمهر وطء امته بنكاح غير مأذون به وجناية موجبة لمال ولا يصح اقرار الصبي بالمهر والجناية والكفالة كما في التبيين (قوله ولو اقر بمجهول صح لو تصرفا لا يشترط لصحته اعلام ما صادفه) في مفهومه تأمل لما قال الزيلعي الاصل فيه انه متى اقر بمجهول وأطلق ولم يبين السبب يصح ويحمل على انه وجب عليه بسبب تصح معه الجهالة كالغصب ونحوه وان بين السبب ينظر فان كان سببا لا تضره الجهالة فكذلك وان كان تضره الجهالة كالبيع والاجارة لا يصح ولا يجبر اه (قوله يعني اذا قال لفلان على شئ او حق لزمه ان يبين ماله قيمة) لا يخفى عدم مطابقته لمتنه الا بمعونة ذكر السبب فكان ينبغي ان يقول يعني اذا قال لفلان على شئ بغصب او وديعة اه والذي له قيمة كفلس وجوزة وغيره كحبة حنطة وقطرة ماء كما في العناية

الزيادة عليه (ولم يصح) اى الاقرار (للمجهول اذا فحشت جهالته) بان يقول هذا العبد لواحد من الناس لان المجهول لا يكون مستحقا وان لم تفحش بان اقر بانه غصب هذا العبد من هذا او من هذا فانه لا يصح عند شمس الائمة السرخسي لانه اقرار للمجهول وانه لا يفيد وقيل يصح وهو الاصح لانه يفيد وصول الحق الى المستحق لانهما اذا اتفقا على اخذه فلهما حق الاخذ ويقال له بين المجهول لان الاجمال من جهته وبيان المجمل على المجمل وصار كما لو اعتق احد عبديه وان لم يبين اجبره القاضي على البيان ايصالا للحق الى المستحق كذا في الكافي (كذا) اشارة الى عبد مأذون له في قوله اقر مكلف حر او عبد مأذون له (محجور اقر بما لا تهمة فيه كحد وقود) يعني ان اقراره به صحيح لان اقراره بعد موجب تعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه للتهمة وقصور الحجة بخلاف المأذون له لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى لان الاذن بالتجارة اذن بما يلزمها وهو دين التجارة بخلاف الحد والقود لانه مبقي على اصل الحرية فيهما لانهما من خواص الآدمية ولهذا لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقود (فيؤخذ به الآن) ولا يؤخر الى العتق (و) كذا المحجور اقر (بما فيه تهمة كالمال) نظرا الى اصل الآدمية (فيؤخر الى عتقه) رعاية لحق المولى (ولزم في على مال درهم) يعني لا يصدق في اقل منه لانه لا يعد مالا عادة (و) لزم (في) على (مال عظيم نصاب في مال الزكاة وقدر النصاب قيمة في غيره) اى في غير مال الزكاة يعني لا يصدق في اقل من مائتي درهم في الفضة واقل من عشرين مثقالا في الذهب وفي اقل من خمس وعشرين في الابل ولا في الاقل من قدر النصاب قيمة في غير مال الزكاة لان النصاب عظيم حتى صار صاحبه به غنيا (و) لزم (في) على (اموال عظام ثلاثة نصب) من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع حتى لو قال من الدراهم كان ستمائة درهم (وفي دراهم ثلاثة) اعتبارا لادنى الجمع (وفي دراهم كثيرة عشرة) اى لا يصدق في اقل منها عند ابي حنيفة رحمه الله لانها اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع (وفي كذا درهما) لزم (درهم) لانه تفسير للمبهم كذا في الهداية وقال قاضيخان لو قال كذا دينارا عليه ديناران لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان (و) في (كذا كذا درهما) لزم (احد عشر درهما) اى لم يصدق في اقل منه لان كذا كناية عن عدد مجهول فقد اقر بعددين مجهولين ليس بينهما حرف العطف واقل

(قوله لانه اقرار للمجهول وانه لا يفيد) قال في الكافي لان فائدته الجبر على البيان ولا يجبر على البيان (قوله فصار كما لو اعتق احد عبديه) يعني من غير تعيين هذا على قوله ما لا على قول الامام كما قدمه المصنف في باب عتق البعض ولنا فيه رسالة اما لو اعتق احدهما بعينه ثم نسيه لا يجبر على البيان كما في المحيط (قوله كذا اشارة الى عبد مأذون له) كان ينبغي ان يقول كذا اشارة الى قوله صح في قوله اقر مكلف حر او عبد مأذون له لان الاشارة للمشاركة في الحكم (قوله وكذا المحجور) اى كذا صح اقرار محجور اذا اقر بما فيه تهمة كالمال نظرا الى اصل الآدمية فيؤخر الى عتقه رعاية ٣٠٩ لحق المولى (قوله يعني لا يصدق في اقل من مائتي درهم في الفضة واقل من عشرين مثقالا في الذهب) يريد به اذا فسر المال العظيم بالفضة فقال له علي مال عظيم من الفضة لم يصدق في اقل من مائتي درهم وان قال من الدنانير فالتقدير بعشرين مثقالا اه وفي العناية وهذا قول ابي يوسف ومحمد ولم يذكر محمد قول ابي حنيفة في الاصل في هذا الفصل وروي عنه انه قال لا يصدق في اقل من نصاب السرقة لانه عظيم تقطع به اليد المحترمة وروي عنه مثل قولهما قيل وهو الصحيح اه وقال الزيلعي والاصح ان قوله يبنى على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم وهو في الشرع متعارض فان المائتين في الزكاة عظيم وفي السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع الى حاله ذكره في النهاية وحواشي الهداية معزيا الى المبسوط (قوله ولزم في على اموال عظام ثلاثة نصب) كذا في التبيين ثم قال الزيلعي وينبغي على قياس ما روي عن ابي حنيفة أن يعتبر فيه حال المقر كما ذكرنا اه (قوله وفي دراهم كثيرة عشرة) اى لا يصدق في اقل منها هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يصدق في اقل من مائتين وعلى هذا الخلاف دنانير كثيرة كذا في التبيين (قوله وفي كذا درهما لزم درهم الخ) يريد ان ما في الهداية مقدم على ما في قاضيخان اذ عند معارضة الفتاوى للمتون تقدم المتون اه ولذا قال الزيلعي لو قال كذا درهما درهم لانه تفسير للمبهم وذكر في التتمة والذخيرة وغيرهما يلزمه درهمان وفي شرح المختار قيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا واقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون ولو ذكر بالخفض روي عن محمد انه يلزمه مائة لانها اقل عدد يذكر بعده الدرهم بالخفض اه

عددين كذلك من المفسر أحد عشر (وفي كذا وكذا) لزم (أحد وعشرون) أي لم يصدق في أقل منه لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون ووجوب الاقل في الفصلين لتيقنه به والاصل في الذمم البراءة (ولو ثلث) أي قوله كذا (بلا واو) بأن يقول كذا كذا كذا درهما (فأحد عشر) حملا للواحد منها على التكرار اذ لم يجمع بين ثلاثة أعداد بلا عطف فلا بد من حمل الواحد على التكرار ثم حمل الاثنين على أقل عدد يعتاد التعبير عنه بذكر عددين بلا عاطف وهو أحد عشر (ومعها) أي لو ثلث لفظ كذا مع الواو (فمائة وواحد وعشرون) لانه أقل ما يعبر عنه بثلاثة أعداد مع العطف (ولو ربع) أي قوله كذا مع تثليث الواو بان يقول كذا وكذا وكذا وكذا (زيد ألف) على العدد الذي قبله فلزم ألف ومائة وواحد وعشرون لانه نظيره (علي أو قبلي اقرار بالدين) يعني اذا قال له علي من المال كذا أو قبلي كان اقرارا بالدين لان على للايجاب والالزام وقبلي ينبئ عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان أي ضمن ويسمى الكفيل قبيلا لانه ضامن للمال (وان وصل به وديعة) أي ان قال المقر بلا تراخ وهو وديعة (صدق) لان المضمون عليه الحفظ والمال محله فقد ذكر المحل وأراد الحال واحتمله اللفظ مجازا فيصح موصولا لا مفصولا (عندي معي في بيتي في صندوقي في كيسي اقرار بالامانة) لان الكل اقرار بكون الشيء في يده وذا يكون أمانة لانه قد يكون مضمونا وقد يكون أمانة وهذه أقلها (جميع مالي أو جميع ما أملكه له هبة) لا اقرار لان ماله أو ما ملكه يمتنع أن يكون لآخر في تلك الحالة فلا يصح الاقرار واللفظ يحتمل الانشاء فيحمل عليه ويكون هبة (يقتضي التسليم) فان وجد صحت والا فلا (قوله لمدعي الالف) مبتدأ خبره قوله الآتي اقرار يعني لو قال له رجل لي عليك ألف درهم فقال (اتزنه أو انتقده أو اجلني به أو قضيتكه أو ابرأتني منه أو تصدقت به علي أو وهبته لي أو احلتك به على زيد اقرار و بلا ضمير لا) وقد وقع في عبارة الهداية والوقاية في هذه الضمائر ضمير التأنيث وفي الكافي والكنز ضمير التذكير ولما لم يعد القوم الالف من المؤنثات السماعية اختير له التذكير أما كون الاربعة الاولى اقرارا فلان الضمير راجع الى الالف المذكور وهو موصوف بالوجوب فكأنه قال اتزن أو انتقد أو اجل أو قضيتك الالف الواجب لك علي حتى لو لم يذكر الضمير بان قال اتزن أو انتقد أو اجل مثلا لا يكون اقرارا اذ لا دليل على انصرافه الى المذكور وأما الخامس فلان دعوى الابراء كالقضاء لان الابراء اسقاط وهو انما يكون في مال واجب عليه وأما السادس والسابع فلان هذا دعوى التمليك منه وذا لا يكون الا بعد وجوب المال في ذمته وأما الثامن فلان تحويل الدين من ذمة الى ذمة لا يكون بدون الوجوب (وقوله نعم اقرار) يعني اذا قيل له هل لي عليك كذا فقال نعم يكون اقرارا لانه موضوع للجواب ولا يحتاج الى الرابط (لا الايماء برأسه بنعم في جواب هل لي عليك كذا) لان الاشارة من الاخرس قائمة مقام الكلام لا من غيره (أقر بدين مؤجل وقال المقر له حال صدق بيمينه) يعني اذا أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التأجيل لزمه

(قوله اذ لم يجمع بين ثلاثة أعداد بلا عاطف) أي لم يوجد له نظير (قوله قبلي اقرار بالدين) هو الاصح لان استعماله في الديون أغلب وقيل اقرار بالامانة لان اللفظ يتناول الدين والامانة وهي أقلهما كما في الكافي (قوله جميع مالي أو جميع ما أملكه له هبة يقتضي التسليم) كذا في المحيط ثم قال ولو قال له من مالي ألف درهم لا حق له فيها فهو اقرار بالدين لان هذا اقرار بهبة مسلمة لانه نفى الحق فيها ولا ينقطع حقه عنها بالهبة الا بالتسليم فيكون اقرارا بالتسليم اه ولو لم يضف المال اليه بل الى يده كان اقرارا لما قال في الفتاوى الصغرى قال ما في يدي من قليل أو كثير من عبد أو غيره لفلان صح الاقرار لانه عام لا مجهول انتهى

الدين حالا لانه أقر بحق على نفسه وادعى لنفسه فيه حقا فيصدق في الاقرار بلا حجة دون الدعوى كما لو اقر بعبد في يده انه لفلان استأجره منه فصدقه المقر له في الملك لا الاجارة (ولزم في) له (علي مائة ودرهم دراهم) أي اذا قال له علي مائة ودرهم لزم مائة درهم ودرهم (و) لزم (في مائة وثوب ثوب ويفسر المائة) أي يرجع في تفسير المائة اليه والقياس في مائة ودرهم كذلك وهو قول الشافعي لانه عطف مفسرا على مبهم في الفصلين والعطف لم يوضع للبيان فبقيت المائة مبهمة فيهما ولنا ان قوله ودرهم بيان للمائة عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدراهم واكتفوا بذكره مرة وهذا فيما يكثر استعماله وهو عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وهذا في المقدرات كالمكيلات والموزونات لانها تثبت دينا في الذمة سلما وقرضا وثمنا بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فان وجوبها لا يكثر في الذمة لان الثياب لا تثبت فيها الا في السلم والنكاح وذا لا يكثر فبقي على الحقيقة (كذا وثوبان) أي اذا قال له علي مائة وثوبان لزم ثوبان ويفسر المائة (وفي الجميع) أي اذا قال له على مائة وثلاثة أثواب (كلها ثياب) لانه ذكر عددين مبهمين أعني مائة وثلاثة وأعقبهما تفسيرا فانصرف اليهما لانهما استويا في الحاجة الى التفسير لا يقال الاثواب لا تصلح مميزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صارا كعدد واحد (و) لزم (في علي نصف درهم ودينار وثوب ونصف هذا العبد وهذه الجارية نصف كل منها) لان الكلام كله وقع على شيء بغير عينه أو بعينه فينصرف النصف الى الكل كأنه قال على نصف هذا ونصف هذا الى آخره (أقر بعشرة دراهم ودانق أو قيراط كان من الفضة) لان الاكتفاء بالتفسير الاول شائع عندهم قال الله تعالى ولبثوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعا يعني من السنين (و) أقر (بتمر في قوصرة لزماه) أي التمر والقوصرة فسره في المبسوط بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع (ودابة) أي أقر بدابة (في اصطبل لزمته) أي الدابة (فقط) أي بلا اصطبل لان غير المنقول لا يضمن بالغصب عندهما خلافا لمحمد (كذا الطعام في البيت) يعني يلزم الطعام لا البيت الاصل في جنس هذه المسائل ان الظرف ان امكن أن يجعل ظرفا حقيقة ينظر فان امكن نقله لزماه والا لزم المظروف فقط عندهما لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في غير المنقول ولو ادعى انه لم ينقل لم يصدق لانه أقر بغصب تام لانه مطلق فيحمل على الكمال وعند محمد لزماه جميعا لان غصب غير المنقول متصور وان لم يمكن جعله ظرفا حقيقة لم يلزمه الا الاول كقوله درهم في درهم ولم يلزمه الثاني لانه لا يصلح ان يكون ظرفا له (و) أقر (بخاتم له حلقته وفصه) لان الاسم يشملهما (و) أقر (بسيف له نصله وجفنه وحمائله) لان اسم السيف يطلق على الكل النصل حديده والجفن غمده والحمائل جمع الحمالة بكسر الحاء وهي علاقته (و) أقر (بحجلة له عيدانها وكسوتها) لاطلاق الاسم على الكل عرفا لانها بيت

(قوله ولزم في على نصف درهم ودينار الخ) قال في المحيط عن المنتقى وأصله ان الكلام اذا كان كله على شيء بعينه أو كان كله على شيء بغير عينه فهو كله على الانصاف وان كان أحدهما بعينه والآخر بغير عينه فالنصف على الاول منهما (قوله فسره في المبسوط) وكذا فسره في الاصل وشرح تفسيره ما قال في الجوهرة ان أضاف ما أقر به الى فعل بأن قال غصبت منه تمرا في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وان لم يضفه الى فعل بل ذكره ابتداء فقال له علي تمر في قوصرة فعليه التمر دون القوصرة لان الاقرار قول والقول يتميز البعض دون البعض كما لو قال بعت له زعفرانا في سلة اه (قوله ولو ادعى أنه لم ينقل) أي المظروف لم يصدق كما في التبيين

يزين بالثياب والامرة والستور (و) اقر (بثوب في ثوب أو في منديل لزماه) لانه ظرف له حقيقة وامكن نقله كما مر (و) اقر (بثوب في عشرة اثواب له ثوب) عند ابي يوسف وقال محمد عليه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة فامكن جعله ظرفا كقوله حنطة في جوالق ولابي يوسف وهو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى أولا أن العشرة لا تكون ظرفا لواحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة (و) اقر (بخمسة في خمسة بنية الضرب له خمسة) لان أثر الضرب في تكثير الاجزاء لا في تكثير المال (وبنية مع عشرة) أي لو قال أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله قال الله تعالى فادخلي في عبادي قيل مع عبادي فاذا احتمله اللفظ ولو مجازا ونواه صح لاسيما اذا كان فيه تشديد على نفسه كما عرف في موضعه (وفي من درهم الى عشرة أو ما بين درهم الى عشرة تسعة) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا يلزمه عشرة وقال زفر يلزمه ثمانية وهو القياس لانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا والحد لا يدخل في المحدود ولهما ان الغاية يجب ان تكون موجودة اذ المعدوم لا يجوز ان تكون حدا للموجود ووجوده بوجوبه فيدخل الغايتان وله ان الغاية لا تدخل في المغيا لان الحد يغاير المحدود لكن هنا لابد من ادخال الاولى لان الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق بدون الاول فدخلت الغاية الاولى ضرورة ولا ضرورة في الثانية (وفي من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط ما بينهما) لما ذكر ان الغاية لا تدخل في المغيا (أقر بالحمل) أي حمل جارية او حمل شاة لرجل (صح) اقراره ويلزمه لان له وجها صحيحا وهو ان رجلا اوصى به الرجل ومات الموصي فيقر وارثه للموصى له (مطلقا) أي سواء بين سببا صالحا أولا (وله) أي أقر للحمل صح أيضا لكن لا مطلقا بل (ان بين سببا صالحا كارث ووصية) بان قال مات أبوه فورثه أو أوصى به له فلان فالاقرار به صحيح لانه بين سببا صالحا لو عايناه حكمنا به فكذا اذا ثبت باقراره ثم ان وجد السبب الصالح فلابد من وجود المقر به عند الاقرار أو محتملا وذلك بان تضعه لاقل من ستة أشهر مذ مات المورث أو الموصي اذا كانت ذات زوج أو لاقل من سنتين من وقت الفراق اذا كانت معتدة (فان ولدت حيا لاقل من ستة أشهر) في الصورة الاولى (أو من سنتين) في الصورة الثانية (فله ما أقر لوجوده) في البطن حين مات المورث او الموصي (أو ميتا) أي ان ولدته ميتا (فللموصي والمورث) أي يرد المال الى ورثة الموصي والمورث لان هذا الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد ولادته ولم ينتقل فيكون لورثتهما (أو ولدت (حيين فلهما) ما أقر نصفين ان كانا ذكرين او انثيين وان كان أحدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين (وان بين بغير صالح) للسببية (كبيع واقراض وهبة) بان قال الحمل باع مني أو اقرضني أو وهب لي (او ابهم الاقرار) ولم يبين سببا بان قال على لحمل فلانة كذا (لغا) أما الاول فلانه بين مستحيلا لعدم تصورهما من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا ولي عليه وأما الثاني فلان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا جعل اقرار المأذون وأحد المتفاوضين عليه

(قوله وهو قول أبي حنيفة أولا) كذا في التبيين وهو يفيد أن قول أبي حنيفة آخرا كقول محمد فيلزمه احد عشر ثوبا وما قاله محمد حسنة وفي مما اذا قال غصبت كرباسا في عشرة اثواب حرير يلزمه الكل عنده مع انه ممتنع عرفا كذا في شرح المجمع عن التبيين وقال قاضي زاده عن النهاية اليه أشار في المبسوط (قوله لان أثر الضرب في تكثير الاجزاء) أي لازالة الكسر لا في تكثير المال لان خمسة دراهم وزنا وان جعلت الف جزء لا يزاد فيها قيراط (قوله وبنية مع عشرة) قال قاضي زاده ولو اراد بفي معنى على لم يذكره في الكتاب والمبسوط وفي الذخيرة حكمه حكم في فاذا قال لفلان على عشرة في عشرة ثم قال عنيت به على عشرة او قال عنيت به الضرب لزمته عشرة عند علمائنا اه (قوله ومن درهم الى عشرة الى آخر ما ذكر من التعليل) قال قاضي زاده والحاصل ان ما قاله ابو حنيفة في الغاية الاولى استحسان وفي الغاية الثانية قياس وما قالا في الغايتين استحسان وما قاله زفر فيهما قياس كذا في مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده (قوله ومن داري الخ) ذكره الزيلعي معللا كما هنا وعلله في البرهان بقوله لزمه ما بينهما فقط دون الحائطين لقيامهما بأنفسهما (قوله او حمل شاة) قال الزيلعي يعلم وجود حمل الشاة ونحوها من البهائم بأدنى مدة يتصور ذلك عند اهل الخبرة على ما جرت به عادتهم (قوله فلابد من وجود المقر به عند الاقرار) صوابه المقر له باللام (قوله او ابهم الاقرار ولم يبين سببا بأن قال على لحمل فلانة كذا لغا) هذا عند ابي حنيفة وقال محمد يجوز الوصية له وان لم يبين السبب ذكره الزيلعي ثم قال وحاصله ان للمسئلة ثلاث صور اما ان يبهم الاقرار فيه وعلى الخلاف واما ان يبين سببا صالحا فيجوز بالاجماع واما ان يبين سببا غير صالح فلا يجوز بالاجماع انتهى ولقائل ان يقول قد تقدم عن الزيلعي في الاقرار بالمجهول انه اذا لم يبين السبب يصح ويحمل على انه فيصير

فيصير كما اذا صرح به (أشهد) اى جعل رجلين شاهدين (على ألف و مجلس و) اشهد رجلين (آخرين فى) مجلس (آخر لزم ألفان) يعنى لو ادار صكا على الشهود فاقر عندهم مرتين او اكثر بالف فى ذلك الصك فالواجب ألف واحد اتفاقا لان الثانى هو الاول لكونه معرفا بالمال الثابت فى الصك وان لم يقيد بالصك بل أقر بحضرة شاهدين بالف ثم فى مجلس آخر بحضرة شاهدين آخرين بالف بلا بيان السبب فعند أبى حنيفة يلزمه ألفان بشرط مغايرة الشاهدين الآخرين للاولين فى رواية وبشرط عدم مغايرتهما لهما فى أخرى وهذا بناء على ان الثانى غير الاول كما اذا كتب لكل ألف صكا واشهد على كل صك شاهدين وعندهما لم يلزمه الا ألف واحد لدلالة العرف على ان تكرار الاقرار لتأكيد الحق بالزيادة فى الشهود وان اتحد المجلس فاللازم ألف واحد اتفاقا على تخريج الكرخى لان للمجلس تأثيرا فى جمع الكلمات المتفرقة وجعلها فى حكم كلام واحد (الامر بكتابة الاقرار اقرار) يعنى لو قال للصكاك اكتب لفلان خط اقرارى بالف على يكون اقرارا ويحل للصكاك ان يشهد عليه بالمال وكذا لو قال اكتب بيع هذه الدار يكون اقرارا بالبيع كتب اولم يكتب ولو قال للصكاك اكتب طلاق امرأتى تطلق كتب اولم يكتب كذا فى العمادية وانما قال (حكما) لان الامر انشاء والاقرار اخبار فلا يكونان متحدين حقيقة بل المراد ان الامر بكتابة الاقرار اذا حصل حصل الاقرار (احد الورثة أقر بالدين قيل يلزمه كله وقيل حصته) يعنى اذا ادعى رجل دينا على ميت واقر بعض الورثة به ففى قول أصحابنا يؤخذ من حصة المقر جميع الدين قال الفقيه أبو الليث هو القياس لكن الاختيار عندى أن يؤخذ منه ما يخصه من الدين وهو قول الشعبى والبصرى وابن أبى ليلى وسفيان الثورى وغيرهم ممن تابعهم وهذا القول أبعد من الضرر وذكر شمس الائمة الحلوانى أيضا قال مشايخنا هنا زيادة شئ لا يشترط فى الكتب وهو ان يقضى القاضى عليه باقراره اذ بمجرد الاقرار لا يحل الدين فى نصيبه بل يحل بقضاء القاضى ويظهر ذلك بمسئلة ذكرها فى الزيادات وهى ان احد الورثة اذا أقر بالدين ثم شهد هو ورجل ان الدين كان على الميت فانه يقبل وتسمع شهادة هذا المقر فلو كان الدين يحل فى نصيبه بمجرد اقراره لزم ان لا تقبل شهادته لما فيه من المغرم قال رحمه الله تعالى وينبغى ان تحفظ هذه الزيادة فان فيها فائدة عظيمة كذا فى العمادية

﴿باب الاستثناء وما بمعناه﴾

فى كونه مغيرا كالشرط ونحوه (استثنى بعض ما أقر به متصلا) باقراره (لزمه باقيه) يعنى اذا قال له على عشرة دراهم الا واحدا لزمه تسعة لما تقرر فى الاصول انه تكلم بالباقى بعد الثنيا اى الاستثناء فكأنه قال ابتداء له على تسعة وشرط الاتصال عند عامة العلماء لكونه مغيرا ونقل عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه جواز التأخير (ولو كله) اى لو استثنى كله (فكله) اى لزمه كله (لو) كان الاستثناء (بعين لفظه نحو غلمانى كذا الا غلمانى) لانك قد عرفت انه تكلم بالباقى بعد الثنيا ولا باقى بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع بعد الاقرار باطل موصولا كان

وجب عليه بسبب تصح معه الجهالة فما الفرق بينه وبين ما ذكرهنا من عدم حمله على السبب الموجب للصحة على قول القائل به وفى كل احتمال الفساد والصحة (قوله وان اتحد المجلس فاللازم ألف واحد اتفاقا) هذا اذا كان به صك فأما اذا لم يكن به صك واقر بمائة واشهد شاهدين ثم اقر بمائة واشهد شاهدين لا رواية فيه واختلف المشايخ فيه ذكر الكرخى انه يلزمه مالان على قول ابى حنيفة وذكر الطحاوى انه يلزمه مال واحد عندهم جميعا ووجه كل فى المحيط (قوله احد الورثة أقر بالدين) اى وحده دون باقى الورثة (قوله قيل يلزمه كله) يعنى ان وفى ما ورثه به كما فى البرهان واذا صدقوا جميعا لكن على التفاوت كرجل مات عن ثلاث بنين وثلاثة آلاف فاقتسموها واخذ كل الفا فادعى رجل على أبيهم ثلاثة آلاف فصدقه الاكبر فى الكل والاوسط فى الالفين والاصغر فى الالف أخذ من الاكبر ألف ومن الاوسط خمسة أسداس الالف ومن الاصغر ثلث الالف عند أبى يوسف وقال محمد فى الاصغر والاكبر كذلك وفى الاوسط يأخذ الالف ووجه كل فى الكافى ﴿تنبيه﴾ لو قال المدعى عليه عند القاضى كل ما يوجد فى تذكرة المدعى بخطه فقد التزمته ليس باقرار لانه قيده بشرط لا يلائمه فانه ثبت عن أصحابنا رحمهم الله تعالى أن من قال كل ما أقر على فلان فأنا مقر له به لا يكون اقرارا لانه يشبه وعدا كذا فى المحيط

﴿باب الاستثناء وما بمعناه﴾

(قوله استثنى بعض ما أقر به متصلا باقراره لزمه باقيه) شامل لاستثناء الاكثر وهو ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه لا يصح استثناء نحو تسعة من عشرة فتلزمه العشرة والصحيح جواب ظاهر الرواية كما ذكره قاضى زاده عن البدائع

او منفصولا فاذا استثنى الكل لزمه الكل وبطل الاستثناء (بخلاف) ما اذا كان الاستثناء بغير ذلك اللفظ نحو غلماني كذا (الا فلانا وفلانا وفلانا ولا غلام له غيرهم) فانه اذا كان بغير اللفظ الاوّل امكن جعله تكلما بالباقي بعد الثنيا لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ امكن أن يجعل المستثنى بعض ما يتناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بغير ذلك اللفظ حيث لا يمكن جعله تكلما بالباقي بعد الثنيا (كذا) اذا قال غلماني كذا (الا هؤلاء) فانه يصح أيضا لوجود التغاير اللفظي (استثنى وزنيا او كيليا من دراهم صح قيمة) يعني لو قال له على مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة صح عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز والقياس ان لا يصح هذا الاستثناء وهو قول محمد وزفر لان الاستثناء اخراج بعض ما يتناوله صدر الكلام على معنى أنه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر وهذا لا يتصور في خلاف الجنس لكنهما صححاه استحسانا بان المقدرات جنس واحد معنى وان كانت اجناسا صورة لانها تثبت في الذمة ثمنا أما الدينار فظاهر وكذا غيره لان الكيلي والوزني مبيع باعيانهما ثمن باوصافهما حتى لو عينا تعلق العقد باعيانهما ولو وصفا ولم يعينا صار حكمهما كحكم الدنانير ولهذا يستوى الجيد والردىء فيهما وكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى فالاستثناء تكلم بالباقي معنى لا صورة (ولو) استثنى (غيرهما) أى غير وزني وكيلي (منها) أى من الدراهم (لا) أى لا يصح عندنا خلافا للشافعي له انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولنا ان ذلك القدر لا يفيد الاتحاد الجنسي بل لا بد من وصف الثمنية ولو معنى كما عرفت (اذا وصل باقراره ان شاء الله ابطله) أى أبطل وصله الاقرار لان التعليق بمشيئة الله ابطال عند محمد فيبطل قبل انعقاده للحكم وتعليق بشرط لا يتوقف عليه عند أبي يوسف فكان اعداما من الاصل (أقر بشرط الخيار) بان قال لفلان على ألف درهم على انى بالخيار ثلاثة أيام (لزمه المال) لصحة الاقرار لوجود الصيغة الملزمة (وبطل شرطه) لان الاقرار اخبار ولا مدخل للخيار في

(قوله بخلاف ما اذا كان الاستثناء بغير ذلك اللفظ) منه قوله ثلث مالي لبكر الا الفا والثلث ألف لان توهم بقاء شئ يكفي لصحة الاستثناء ولا يشترط حقيقة البقاء (قوله استثنى وزنيا او كيليا من دراهم صح) هل يشمل المستغرق قيمة قال الشيخ على المقدسي رحمه الله تعالى لو استثنى دنانير من دراهم او مكيلا او موزونا على وجه يستوعب المستثنى منه كقوله له عشرة دراهم الا دينارا وقيمته اكثر او الاكر بر كذلك ان مشينا على ان استثناء الكل بغير لفظه صحيح ينبغي ان يبطل الاقرار لكن ذكر في البزازية ما يدل على خلافه قال على دينار الا مائة درهم بطل الاستثناء لانها اكثر من الصدر ما في هذا الكيس من الدراهم لفلان الا الفا ينظران فيها اكثر من الف فالزيادة للمقر له والالف للمقر وان الف او اقل فكلها للمقر له لعدم صحة الاستثناء (قلت) ووجهه ظاهر بالتأمل وفي الينابيع على مائة درهم الا عشرة دنانير وقيمتها مائة او اكثر لا يلزمه شئ ووجهه ما ذكرنا أوّلا ومثله في الجوهرة اه ونقله قاضي زاده عن الذخيرة (قوله ولو استثنى غيرهما) اى غير كيلي ووزني منهما اى من الدراهم لا اى لا يصح يعنى لا يصح الاستثناء فيجبر على البيان ولا يمتنع به صحة الاقرار لما تقرر ان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء ذكره قاضي زاده (قوله اذا وصل باقراره ان شاء الله ابطله) كذا ان شاء فلان فشاء فهو باطل كما في المحيط وينظر مع ما قدمناه في تعليق الطلاق بمشيئة العبد فشاء في مجلسه صح ووقع الطلاق (قوله اقر بشرط الخيار لزمه) هذا بخلاف ما لو كان في اقراره تعليق الشرط لما قال في المحيط لو قال لفلان على الف درهم الا ان يبدو لي او ارى غير ذلك لا يلزمه لان هذا اللفظ تعليق الشرط لان معناه ان لم ارغير ذلك وان لم يبدلي غير ذلك ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق الآن يبدو لي او الا أن ارى غير ذلك كان تعليقا بالشرط فكذا هذا ولو قال لفلان على الف درهم فيما أعلم فهو باطل اه (قوله لان التعليق بمشيئة الله تعالى ابطال عند محمد الخ) وقيل الخلاف على العكس لما قال قاضي زاده قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال كما الاخبار هو مذهب ابي يوسف او تعليق كما هو مذهب محمد كذا ذكره الامام قاضيخان في طلاق الجامع الكبير واختاره بعض شراح هذا الكتاب يعني الهداية وقيل الاختلاف على العكس كما ذكره في طلاق الفتاوى الصغرى والتتمة واختاره بعض آخر من شراح هذا الكتاب وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق عند من قال انه ابطال لا يقع الطلاق وعند من قال انه تعليق يقع لانه اذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فيقع وكيفما كان لم يلزمه الاقرار كما بينه المصنف بقوله فان كان الاول وهو الابطال فقد بطل وان كان الثاني وهو التعليق فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه اه

الاخبار لانه ان كان صدقا فهو واجب العمل به وان لم يخبر وان كان كذبا فهو واجب الرد فلا يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تأثير اشتراط الخيار في العقود ليتخير من له الخيار بين فسخه وامضائه (أقر بدار واستثنى بناءها) بان قال هذه الدار لفلان الا بناءها (كانا) أي الارض والبناء (للمقر له) ولم يصح استثناؤه لان اسم الدار لا يتناول البناء مقصودا اذ الدار اسم لما أدير عليه الحائط من البقعة والبناء يدخل تبعا لا لفظا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري والاستثناء انما يكون مما يتناوله الكلام نصا لانه تصرف لفظي أقول يرد على ظاهره ان كون البناء جزءا من الدار مما لا يخفى على أحد ولهذا يضمن باتلافه فيكون كواحد من عشرة فما وجه عدم صحة استثنائه وتحقيق معرفة وجهه موقوف على مقدمة تقررت في علمي الكلام والاصول وهي أن الركن قسمان أحدهما أصلي وهو الذي دخل في مدلول الاسم بحيث اذا انتفى لم يصح اطلاق الاسم على الباقي كواحد من العشرة ورأس من الحيوان وثانيهما زائد وهو الذي دخل في مدلول الاسم لكن اذا انتفى لا ينتفي اطلاق الاسم على الباقي كيد زيد ورجله حتى اذا قال هذا العبد لزيد الا يده أو رجله لم يجز وبهذا التحقيق يظهر دفع ما يرد على ظاهر قولهم الاقرار في الايمان ركن زائد بان الركنية تقتضي الدخول والزيادة تقتضي الخروج فكيف يجتمعان ووجه الدفع أن الدخول بالنظر الى تناول اللفظ ظاهرا والخروج بالنظر الى التبعية حقيقة فلا منافاة (وفص الخاتم ونخلة البستان وطوق الجارية كبنائها) أي كبناء الدار في كونها من متناول اللفظ تبعا لا لفظا حتى لم يصح استثناؤها أيضا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها أو بيتا منها لانه دخل فيه لفظا فصح الاستثناء (كذا اذا قال بناؤها لي وأرضها لفلان) يعني اذا قال هكذا كانت الارض والبناء لفلان اذ الاقرار بالارض اقرار بالبناء تبعا كالاقرار بالدار (ولو قال وعرصتها لفلان) بعد أن قال بناؤها لي (كان كما قال) لان العرصة عبارة عن البقعة الخالية عن البناء والشجر فكأنه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان (وصح) أي الاقرار (بألف من ثمن قن عينه وانكر قبضه) يعني قال له علي ألف درهم من ثمن قن اشتريته منه ولم أقبضه فان ذكر قنا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم القن وخذ الالف والا فلا شيء لك (فلو سلمه لزم الالف والا فلا) هذه المسألة على وجوه أحدها هذا وهو أن يصدقه ويسلم القن وجوابه ما ذكرنا لان ما ثبت بتصادقهما كالثابت عيانا والثاني ان يقول المقر له القن قنك ما بعته وانما بعتك قنا غيره وفيه المال لازم على المقر لانه اقر بوجوب المال عليه عند سلامة القن له وقد سلم حين أقر ذو اليد بانه ملكه فلزمه المال والاسباب مطلوبة لا حكامها لا لاعيانها فلا يعتبر التكاذب في السبب بعد اتفاقهما على وجوب أصل المال والثالث أن يقول القن قني ما بعتك وحكمه أن لا يلزم المقر شيء لانه انما أقر له بالمال اذا سلم له القن ولم يسلم له والرابع أن يقول القن قني ما بعته وانما بعتك غيره وحكمه ان يتحالفا لان كلا منهما مدع ومنكر لان المقر يدعي تسليم قن عينه والآخر ينكر والمقر له

(قوله وفص الخاتم ونخلة البستان الخ) في جعل فص الخاتم متناولا للفظ الخاتم تبعا منافاة لما قدمه من ان اسم الخاتم يشمله ما قاله يعقوب باشا ويمكن ان يقال ان مراده بشمول اسم الخاتم الكل في قوله السابق اعم من الشمول القصدي والتبعي ومراده بنفي دخول الخاتم في قوله اللاحق نفي الدخول القصدي فلا منافاة بينهما ما قاله قاضي زاده (قوله وصح اي الاقرار بألف من ثمن قن عينه وانكر قبضه) يوهم لزوم الالف بحكمه بصحة الاقرار مع عدم القبض ولا يلزمه الا اذا سلم القن اليه لقوله بعد فلو سلمه لزم الالف والا فلا فكان الاولى ان يقول مكان قوله صح اقر بألف من ثمن قن عينه وانكر قبضه فلو سلمه لزم الالف والا فلا اه (قوله وانما بعتك قنا غيره وفيه المال لازم) اطلقه عن ذكر التسليم وقد نص عليه الزيلعي بقوله وانما بعتك عبدا آخر وسلمته وكذا ذكر التسليم قاضي زاده والاكمل في العناية اه وبقي من مفهوم عبارة المصنف ما اذا لم يصدقه في ادعاء المعين ولم يدفعه اليه فلا يلزمه شيء الا بتسليمه

يدعي على المقر ألفا بسبب غيره وهو ينكر واذا تحالفا انتفى دعوى كل منهما عن صاحبه فلا يقضى عليه بشئ والعبد سالم لمن في يده هذا اذا عين القن (وان لم يعينه لزم) أي الالف (ولغا انكاره) اي لا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة (وصل أو فصل) لانه رجوع عما أقر به والرجوع عن الاقرار باطل (كقوله من ثمن خمر أو خنزير) يعني لو قال لفلان علي الف درهم من ثمن خمر أو خنزير لزمه الالف وصل أو فصل لكونه رجوعا بعد الاقرار وقالا ان وصل صدق وان فصل لم يصدق لانه بيان تغيير فصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء والشرط (وفي من ثمن متاع أو قرض وهي زيوف أو نبهرجة أو ستوقة أو رصاص لزمه الجيد) يعني لو قال له علي الف درهم من ثمن متاع أو قال أقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف أو نبهرجة أو ستوقة أو رصاص أو قال الا انها زيوف أو قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع وقال المقر له جياد لزمه الجياد عند أبي حنيفة وصل أو فصل لما مر وقالا ان وصل صدق والا فلا لما مر أيضا (وفي من غصب أو وديعة) عطف على قوله وفي من ثمن (ان ادعى) متعلق بقوله وفي من غصب (أحد هذه المذكورات الاربع) يعني ان قال له علي ألف درهم من غصب أو وديعة الا انها زيوف أو نبهرجة (صدق) اي المدعي وصل أو فصل اذ لا اختصاص للغصب والوديعة بالجياد دون الزيوف لان الغاصب يغصب ما يجد والمودع يودع ما يحتاج الى حفظه فلم يكن قوله زيوف تغييرا لاول كلامه بل هو بيان للنوع فصح موصولا ومفصولا (الا فصلا في الاخيرين) يعني ان قال له علي ألف درهم من غصب أو وديعة الا انها ستوقة أو رصاص فان وصل صدق وان فصل لا اذ الستوقة ليست من جنس الدراهم ولهذا لا يجوز بها التجوز في الصرف والسلم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيان تغيير فصح موصولا لا مفصولا (قال غصبت ثوبا وجاء بمعيب صدق بيمينه) ان لم يثبت الخصم سلامته لان الغصب لا يقتضي السلامة (كما في قوله علي ألف الا انه ينقص كذا متصلا) لما عرفت ان الاستثناء يصح متصلا لا منفصلا (قال) رجل (لآخر اخذت منك ألفا وديعة فهلكت وقال الآخر بل غصبا ضمن) اي المقر لانه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير ثم ادعى ما يوجب البراءة عنه وهو الاذن بالاخذ والآخر ينكره فكان القول قوله مع يمينه الا ان ينكل عن اليمين فحينئذ يلزمه المال (بخلاف قوله غصبتنيه في رد) قوله (أعطيتنيه وديعة) اي لو قال المقر اعطيتني ألف درهم وديعة فهلك وقال المالك لا بل غصبته مني لا يضمن المقر لانه لم يقر بسبب الضمان والمقر له يدعي عليه سبب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله (قال كان هذا وديعة لي عندك فاخذته فقال هو لي اخذه) يعني اذا اخذ رجل من رجل شيأ فقال الآخذ كان هذا وديعة لي عندك فاخذته فقال المأخوذ منه هو لي أخذه المأخوذ منه لان الآخذ أقر باليد له ثم الاخذ منه وهو سبب الضمان كما بين وادعى استحقاقه عليه فلا يقبل بل يجب عليه رد عينه قائما أو قيمته هالكا (صدق من قال أجرت فرسي أو ثوبي) اي فلانا (فركبه أو لبسه ورده الي) وقال فلان كذبت بل الفرس والثوب لي وقد أخذتهما مني ظلما فالقول للمقر وللآخر

(قوله وان لم يعينه لزم اي الالف ولغا انكاره) اي اذا كذبه المقر له وان صدقه في السبب بان قال بعتكه فكذلك عند ابي حنيفة لانه لزمه الثمن بالاقرار فلا يسقط عنه الا اذا اقر المقر له ان المقر لم يقبض المبيع كذا في التبيين (قوله وقالا ان وصل صدق) اي في المسئلتين المشبهة والمشبهة بها (قوله يعني لو قال له علي الف درهم من ثمن متاع الخ) بخلاف ما اذا قال الا انها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة حيث يصح موصولا لا مفصولا ولو قال علي كر حنطة من ثمن دار الا انها ردية يصح موصولا ومفصولا كما في التبيين والزيوف جمع زيف وهو ما يقبله التجار ويرده بيت المال والنبهرجة دون الزيوف فانها مما يرده التجار أيضا والستوقة اردأ من النبهرجة (قوله الا ان ينكل عن اليمين فحينئذ يلزمه المال) صوابه لا يلزمه المال ثم ما ذكر من الضمان بخلاف ما اذا قال بل اخذتها قرضا في جواب قوله اخذت منك الفا وديعة حيث يكون القول قول المقر وعلى هذا اذا أقر بأخذ الثوب وديعة وقال المقر بل اخذته بيعا كان القول قول المقر كما في التبيين (قوله صدق من قال اجرت فرسي او ثوبي الخ) قول ابي حنيفة وقالا القول قول من اخذ منه البعير والثوب وهو القياس وذكر في النهاية انما الاختلاف بينهم اذا لم تكن الدابة معروفة للمقر ولو كانت معروفة كان القول قوله بالاجماع وعزاه الى الاسرار كما في التبيين

البينة (أوخاط ثوبي هذا بكذا فقبضته) أي لو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فالقول للمقر أيضا (قال هذا الالف وديعة لزيد لا بل لبكر فالالف لزيد وعلى المقر مثله لبكر) لانه لما أقر به لزيد صح اقراره له وصار ملكا له وقوله بعد ذلك لا بل لبكر رجوع عنه فلا يقبل قوله في حق زيد ويجب عليه ضمان مثلها لبكر (أقر بدين لانسان ثم قال كنت كاذبا فيه) أي في اقراري (حلف المقر له على عدم كذبه) أي على ان المقر ما كان كاذبا فيما أقر لك به وانت مبطل فيما تدعيه عليه عند أبي يوسف وعندهما يؤمر بتسليم المقر به الى المقر له والفتوى على انه يحلف المقر له لجريان العادة بين الناس أنهم يكتبون صك الاقرار ثم يأخذون المال كذا في الكافي

﴿باب اقرار المريض﴾

يعني مرض الموت (دين صحته مطلقا) أي سواء علم بسببه أو علم باقراره فيها (و) دين (مرض موته بسبب فيه) أي في مرضه (معروف) كبدل ما ملكه أو أهلكه أو مهر مثل عرسه وعلم معاينة (يقدمان على ما أقر به فيه) أي في مرضه وعند الشافعي هذا يساوي الاولين لاستواء السبب وهو الاقرار ولنا ان المريض محجور عن الاقرار بالدين ما لم يفرغ عن دين الصحة فالدين الثابت باقرار المحجور لا يزاحم الدين الثابت بلا حجر كعبد مأذون أقر بالدين ثم أقر بالدين بعد الحجر فالثاني لا يزاحم الاول (والكل) أي دين الصحة ودين المرض بسبب فيه معروف ودين المرض الذي علم بمجرد الاقرار فيه يقدم (على الارث) لان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يقدم حاجته في التكفين (ولم يجز تخصيص غريم بقضاء دينه ولا اقراره لوارثه) سواء أقر بدين أو عين لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث (الا بتصديق البقية) أي بقية الغرماء وبقية الورثة لان المانع من التخصيص تعلق حقهم بالتركة فاذا صدقوه زال المانع وجاز التخصيص (وجاز) أي اقرار المريض (لغيره) أي لغير الوارث لوجود المقتضي وانتفاء المانع أما الاول فلانه تصرف في خالص ماله وهو يقتضي الجواز وأما الثاني فلان المانع من الجواز كان الارث وقد انتفى (ولو) وصلية كان اقراره (بكل ماله) لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه قال اذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله والقياس ان لا يصح اقراره الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث فكذا اقراره وجب ان لا ينفذ الا في الثلث ولكن ترك القياس لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما (أقر له) أي الاجنبي (بمال ثم) أقر (ببنوته ثبت نسبه وبطل اقراره و) أقر (لاجنبية ثم نكحها صح) اقراره لها وعند زفر يبطل هذا الاقرار أيضا للتهمة ولنا انه اقر وليس بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث بعده بخلاف المسألة الاولى لان دعوة النسب تستند الى زمان العلوق فيظهر ان البنوة ثابتة زمان الاقرار فلا يصح اما الزوجية

(قوله اوخاط ثوبي هذا بكذا) هو على الخلاف المتقدم في الصحيح خلافا لمن توهم ان القول للمقر اجماعا وليس بشئ كما في التبيين (قوله اقر بدين لانسان الخ) تقدم في كتاب الدعوى عن الزيلعي باوسع من هذا والله اعلم

﴿باب اقرار المريض﴾

(قوله او مهر مثل عرسه) قيد بمهر المثل لان الزيادة عليه باطلة والنكاح جائز كما في العناية (قوله ولم يجز تخصيص غريم بقضاء دينه) ليس على عمومه لان ثمن ما اشتراه بمثل القيمة اوقرضا في مرضه ثبت كل منهما بالبينة يصح التخصيص به ولا يتوقف على اجازة الباقين كما في البرهان والكافي وقاضي زاده (قوله ولا اقراره لوارثه الا بتصديق البقية) قال قاضي زاده الا اذا اقر باستهلاك وديعة لوارثه فيختص به الوارث اه وفي كلام المصنف اشارة لما اذا اتحد الوارث ولو لم يكن هناك وارث آخر فاوصى لزوجته او اوصت لزوجها تصح الوصية والمسألة مذكورة في كتاب القضاء من فرائض العتابي خلافا لابي يوسف في الاخير كما في اصلاح الايضاح وفرضها في احد الزوجين لان غيرهما يرث الكل فرضا وردا بكونه صاحب فرض منفردا او بكونه ذا رحم فلا يحتاج الى الوصية (قوله وجاز لغيره) أي لغير الوارث ولو بكل ماله أي وليس عليه دين ولو في المرض بسبب معروف قاله قاضي زاده (قوله أقر له بمال ثم أقر ببنوته الخ) أي وقد جهل نسبه وصدقه وهو من أهل التصديق ولو كذبه او كان معروف النسب من غيره لزمه ما اقر به ولا يثبت النسب كما في الينابيع

فيقتصر على زمان التزوج فلا يظهر ان اقراره كان لزوجته (بخلاف الهبة والوصية) أى بخلاف مالو وهب لها شيأ أو اوصى لها بشئ ثم تزوجها فانهما يبطلان اتفاقا فان الوصية تملك بعد الموت وهى وارثة حينئذ فلا تصح والهبة فى المرض وصية حتى لا تنفذ الا من الثلث كما سيأتى بيانه فى كتاب الوصية فصارت كالوصية (ولو أقر بدين لمن طلقها فيه) أى مرض موته (فلها الاقل من الارث) أى ميراثها منه (والدين) لقيام التهمة ببقاء العدة وباب الاقرار كان منسدا لبقاء الزوجية فربما أقدم على الطلاق ليصح اقراره لها بزيادة على ارثها ولا تهمة فى أقلهما فيثبت (أقر) رجل (ببنوة غلام) حيث قال هذا ابنى (جهل نسبه فى مولده) وقد مر بيان فائدة هذا القيد (ويولد مثله لمثله وصدقه) أى الغلام ذلك المقر (وهو من أهله) أى من أهل التصديق (ثبت نسبه) أى نسب الغلام (منه) أى المقر (وشارك) أى الغلام (الورثة) شرط جهالة النسب لانه لو علم لم يثبت من الغير وان يولد مثله لمثله لئلا يكون مكذبا ظاهرا وان يصدقه الغلام لان المسئلة فى غلام يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لانه فى يد نفسه حتى اذا كان صغيرا لا يعتبر تصديقه ولذا قال وهو من أهله وشارك الورثة لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف (صح اقراره) أى الرجل (بالولد والوالدين) لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير (والزوجة والمولى) لان موجب اقراره يثبت بينهما بتصادقهما بلا اضرار باحد فينفذ (و) صح (اقرارها بالوالدين والزوج والمولى) لان الاصل أن اقرار الانسان حجة على نفسه لا على غيره وبالاقرار بهؤلاء لا يكون اقرارا الا على نفسه فيقبل (وشرط تصديقهم) لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم فى يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا فى يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه أو عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار (ولو كان عبدا لغيره يشترط تصديق مولاه كما شرط تصديق الزوج فى دعوى المرأة الولد أو شهادة امرأة) قابلة كانت أو غيرها (فى اقرار) امرأة (ذات زوج بالولد وعدم العدة فى غيرها) أى فى اقرار امرأة غير ذات الزوج يعنى اذا لم تكن المرأة ذات زوج ولا معتدة صح اقرارها بالولد لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها (وصح التصديق بعد موت المقر الا من الزوج بعد موتها مقرة) يعنى صح التصديق فى النسب بعد موت المقر لبقاء النسب بعد الموت وان اقر بنكاحها ومات فصدقته بعد موته يصح حتى يكون لها المهر والارث لبقاء حكم

(قوله ولو اقر بدين لمن طلقها فيه اى فى مرض موته) اطلق فى الطلاق وقيده فى الهداية بالثلاث ويريد البائن ولو بدون الثلاث وكذا فى الكنز ولم يذكر انه بسؤالها وقال الزيلعى هذا اذا طلقها بسؤالها او ان طلقها لا بسؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فار اه وقال قاضى زاده انه تتبع عامة المعتبرات حتى الجامع والمحيط وايتها وجدت المسئلة وجدتها مقيدة بكون الطلاق بسؤال المرأة او بأمرها فالظاهر ما ذكره الزيلعى واما عدم تعرض المصنف وصاحب الكافى وكثير من الشراح هنا للقيد المذكور فيجوز ان يكون بناء على ظهوره مما صرح به فى كتاب الطلاق اه (قوله فلها الاقل من الارث والدين) ويدفع لها بحكم الاقرار لا بحكم الارث حتى لا تصير شريكة فى اعيان التركة (قوله أقر رجل ببنوة غلام الخ) قال فى الهداية ولو كان مريضا ثم لا يخفى أن المسئلة المتقدمة مندرجة فى هذه (قوله وان يولد مثله لمثله) وصدقه فان لم يكن كذلك يؤاخذ المقر به من حيث استحقاق المال كما لو أقر بأخوة غيره كما قدمناه عن الينابيع (قوله صح اقراره أى الرجل بالولد والوالدين) أعاد صحة الاقرار بالولد لذكر جملة ما يصح فى جانب الرجل وأفاد بالصراحة صحة الاقرار بالام قال فى العناية وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين المصنف والمذكور فى المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبى ان اقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة اه ومن الظاهر ان الابن ليس بقيد فترجح صحة الاقرار بالبنت اه وقال فى البرهان يصح اقراره بالولد والوالدين يعنى الاصل وان [illegible] اه وقال العلامة الشيخ على المقدسى فيه نظر لقول الزيلعى اذا أقر بالجد او ابن الابن لا يصح اذ فيه حمل النسب على الغير اه (قوله والزوجة) أى الخالية عن زوج وعدته وليس مع المقر من يمتنع جمعه معها ولا أربع سواها كما ذكره قاضى زاده (قوله النكاح والولى) أى الاعلى والاسفل اذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير ذكره قاضى زاده (قوله وان أقر بنكاحها ومات فصدقته بعد موته يصح) هو بالاتفاق قاله الاكمل وغيره وقال فى البرهان وتصديقه أى المقر له بعد موتها على نكاح أقرت له به لغو عند أبى حنيفة لانها لما ماتت زال النكاح بجميع علائقه وعندهما تصديقه بعد موتها صحيح وعليه مهرها وله الميراث منها لان الاقرار يتم بالمقر وحده ولا يبطل بالموت وقيل الاصح ان الاختلاف فى تصديقها اياه بعد موته فلا يصح عند أبى حنيفة لان ثبوت المقر به

وهوالنكاح بعد موته محال فلا يتصور ابقاؤه وعندهما يصح حتى يجب لها المهر لانها محل للنكاح فأمكن بقاؤه ببقائها ولذا جازلها غسله بخلاف ما اذا ماتت لفوات المحل ولذا لا يغسلها اه فالاتفاق المذكور فى العناية يخالفه هذا (قوله يعنى ان كان للمقر وارث معروف قريب أو بعيد فهو احق بالارث من المقرله حتى لو اقر باخ وله عمة أو خالة فالارث للعمة او الخالة) كذا صرح فى العناية بأن الوارث القريب كذوى الفروض والعصبات مطلقا والبعيد كذوى الارحام اه ويخالفه قول الزيلعى ان كان للمقر وارث لا يرث المقرله لان النسب لم يثبت باقراره فلا يستحق الميراث مع وارث معروف قريبا كان ذلك الوارث كذوى الارحام او بعيدا كمولى الموالاة اه وماقاله الزيلعى اوجه لان مولى الموالاة ارثه بعد ذوى الارحام مقدم على المقرله بنسب على الغير اه وقال الزيلعى ما يأخذه المقرله ارث من وجه حتى لو أوصى لغيره بأكثر من الثلث لا ينفذ الا باجازته مادام المقر مصرا على اقراره وصية من وجه حتى كان للمقر أن يرجع عن الاقرار لان نسبه لم يثبت فلا يلزمه كالوصية اه وفيه اشارة الى أن المقر بنحو الولد والوالدين ليس له الرجوع عنه وبذلك صرح فى الاختيار بقوله واذا صح الاقرار بهؤلاء اى بنحو الولد والوالدين لا يملك المقر الرجوع فيه لان النسب اذا ثبت لا يبطل بالرجوع وله الرجوع اذا اقر بمن لا يثبت نسبه كقرابة غير الولاد لانه وصية معنى فان اقراره تضمن أمرين تحميل النسب على الغير والثانى الاقرار له بالمال وانه يملكه عند عدم الوارث فيصح والاول لا يملكه فبطل اه وهذا الفرق من مفردات الاختيار فليتنبه له فانه مهم (قوله والنصف للآخر) قال الاكمل يعنى بعد ان يحلف بالله انه لا يعلم ان اباه قبض منه شطر المائة اه ولو اقر ان اباه قبض كل الدين والمسئلة بحالها كان جوابها كالاولى الا انه هنا يحلف المنكر لحق المدين بالله ما يعلم انه قبض الدين فان نكل برئت ذمته وان حلف دفع اليه نصيبه بخلاف

المسئلة الاولى حيث لا يحلف لحق الغريم لان حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة الى تحليفه وهنا لم يحصل له الا النصف فيحلفه اه كذا فى التبيين وقدمنا عن العناية انه يحلف فى المسئلة الاولى لكنه لم يذكر انه يحلف لحق من فليتأمل (قوله لان قبض الدين انما يكون قبض عين مضمون) اصله قول الكافى الا ان عبارته انما يكون بقبض عين مضمون اه اى ان الديون تقضى بامثالها لا بأعيانها فاذا قبض مثل دينه وجب عليه مثله للمديون وله عليه مثله فيلتقيان قصاصا (قوله فما لم يقبض) اى من له ولاية القبض جميع الدين لا يكون له اى المقر من الميراث شئ {فصل}

النكاح وهو العدة وان أقرت بنكاح رجل وماتت فصدقها الزوج لم يصح تصديقه عند أبى حنيفة لانها لما ماتت زال النكاح بعلائقه حتى يجوز له ان يتزوج اختها وأربعا سواها ولا يحل له ان يغسلها فبطل اقرارها فلا يصح التصديق بعد بطلان الاقرار (أقر بنسب من غير ولاد كأخ وعم لم يثبت) أى النسب ولا يقبل اقراره فى حقه لان فيه تحميل النسب على الغير فاذا ادعى نفقة أو حضانة يعتبر فى حقها (ويرث الا مع وارث وان بعد) يعنى ان كان للمقر وارث معروف قريب أو بعيد فهو أحق بالارث من المقرله حتى لو اقر باخ وله عمة او خالة فالارث للعمة أو الخالة لان نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف (مات أبوه فأقر باخ شاركه فى الارث بلا نسب) لان مقتضى اقراره شيئان حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه وشركته فى الارث وله فيه ولاية فيعتبر الثانى لا الاول (اقر احد ابنى ميت له) أى لذلك الميت (على آخر دين بقبض) متعلق باقر (أبيه نصفه لا شئ له والنصف للآخر) يعنى ان مات وترك ابنين وله على رجل ألف درهم فأقر احد الابنين ان اباه قبض منه نصفه وكذبه الآخر فلا شئ للمقر وللمكذب نصفه لان الاقرار باستيفاء الدين اقرار بالدين على الميت لان قبض الدين انما يكون بقبض عين مضمون حتى يصير دينا فيتقاصان فاذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه فما لم يقبض جميع الدين لا يكون له من الميراث شئ (ولا يرجع المقر على أخيه بنصف ماقبض وان تصادقا على اشتراكه) أى المقبوض (بينهما) لانه لو رجع على أخيه لرجع أخوه على الغريم فيرجع الغريم على المقر بقدر ذلك لانتقاض المقاصة فى ذلك القدر وبقائه دينا على الميت والدين مقدم على الارث فيؤدى الى الدور

{فصل} (حرة أقرت بدين فكذبها زوجها صح) أى اقرارها (فى حقه) أى حق زوجها عند أبى حنيفة (حتى تحبس وتلازم) كالدين الثابت بالمعاينة بالاستهلاك أو الشراء أو البينة (وعندهما لا) أى لا تصدق فى حق الزوج فلا تحبس ولا تلازم لان فيه منع الزوج عن غشيانها واقرارها لا يصح فيما يرجع الى بطلان حق الزوج

(مجهولة النسب أقرت بالرق لانسان وصدقها) المقر له (ولها زوج واولاد منه) اى من الزوج (وكذبها) اى الزوج (صح فى حقها) اى فى حق المرأة حتى اذ علق بعد الاقرار ولد يكون رقيقا (لا حقه وحق الاولاد) ففرع على قوله لا حقه بقوله (حتى لا يبطل النكاح) وفرع على قوله وحق الاولاد بقوله (واولاد حصلت (قبل الاقرار وما فى بطنها وقته) اى وقت الاقرار (أحرار) لحصولهم قبل اقرارها بالرق فاما ولد علق بعد الاقرار فانه يكون رقيقا عند أبى يوسف اذ حكم برقها وولد الرقيقة رقيق وحر عند محمد لانه تزوجها بشرط حرية أولاده منها فلا تصدق على ابطال هذا الحق (مجهول النسب حرر عبده ثم أقر بالرق لانسان وصدقه صح فى حقه) حتى صار رقيقا له (دون ابطال العتق) حتى بقى معتقه حرا (فان مات العتيق) اى العبد الذى اعتقه مجهول النسب (يرثه وارثه ان كان) اى ان كان له وارث (والا) اى وان لم يكن له وارث (فالمقر له) اى يرثه المقر له لانه كان للمقر وقد أقر للمقر له (فان مات المقر ثم العتيق فارثه لعصبة المقر) لانه لما مات انتقل الولاء اليهم بخلاف ما لو كان حيا (قال لى عليك الف فقال الحق او الصدق او اليقين او نكر) اى قال حقا او صدقا او يقينا (أو كرر) اى قال الحق الحق او الصدق الصدق او اليقين اليقين او حقا حقا او صدقا صدقا او يقينا يقينا (اوقرن به البر) بأن قال البر الحق او الحق البر الى آخره (كان اقرارا) لانه مما يوصف به الدعوى فصلح للجواب ويستعمل فى التصديق عرفا فكأنه قال ادعيت الحق الى آخره (ولو قال الحق حق أو الصدق صدق أو اليقين يقين لا) اى لا يكون اقرارا لانه كلام تام بخلاف ما تقدم لانه لا يصلح للابتداء (قال لامته يا سارقة يا زانية يا مجنونة يا آبقة او قال هذه السارقة فعلت كذا وباعها فوجد) اى المشترى (بها) اى بالجارية (واحدا منها) اى من هذه العيوب (لا ترد) اى الامة بعد البيع (به) اى بواحد من هذه العبارات لان غير الاخير نداء وقصد المنادى اعلام المنادى واحضاره لا تحقيق الوصف الذى ناداه به ولهذا لو قال لامرأته يا كافرة لا يفرق بينهما والاخيرة شتيمة (بخلاف هذه سارقة او هذه آبقة او هذه زانية أو مجنونة) حيث ترد بواحدة من هذه العبارات لانه اخبار وهو لتحقيق الوصف (و) بخلاف (يا طالق او هذه المطلقة فعلت كذا) حيث تطلق امرأته لانه متمكن من اثبات هذا الوصف شرعا فيجعل كلامه ايجابا ليكون صادقا فيما تكلم به وثمة لا يتمكن من اثبات تلك الاوصاف فيها وكان نداء وشتما لا تحقيقا ووصفا كذا فى الكافى

﴿كتاب الشهادات﴾

أورده عقيب كتاب الاقرار لما ان الحاجة الى الشهادة بعد عدم الاقرار فيكون متأخرا عنه فى الاعتبار (هى) اى الشهادة (اخبار بحق للغير على آخر) سواء كان حق الله تعالى أو حق غيره (عن يقين) اى ناشئا عن يقين (لا عن حسبان وتخمين) واليه الاشارة بقوله صلى الله عليه وسلم اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا

(قوله مجهولة النسب اقرت بالرق الخ) ذكره فى الكافى وفى المحيط عن المبسوط (قوله حتى اذا علق بعد الاقرار ولد يكون رقيقا) يعنى عند ابى يوسف خلافا لمحمد (قوله لا حقه وحق الاولاد الخ) يرد على كون اقرارها غير صحيح فى حقه انتقاض طلاقها لانه نقل فى المحيط عن المبسوط أن طلاقها اثنتان وعدتها حيضتان بالاجماع لانها صارت امة وهذا حكم يخصها اه ثم نقل عن الزيادات ولو طلقها الزوج تطليقتين وهو لا يعلم باقرارها ملك عليها الرجعة ولو علم لا يملك وذكره فى الجامع لا يملك علم او لم يعلم قيل ما ذكر قياس وما ذكر فى الجامع استحسان وهو الصحيح اه وفى الكافى الى واقرت قبل شهرين فهما مدتها وان اقرت بعد مضى شهرين فأربعة والاصل انه متى امكن تدارك ما خاف فوته باقرار الغير ولم يتدارك بطل حقه لان فوات حقه مضاف الى تقصيره حينئذ فان لم يمكنه التدارك لا يصح الاقرار فى حقه فاذا اقرت بعد شهر أمكن للزوج التدارك فى شهر بعده فلم يصر مبطلا حقه واذا اقرت بعد شهرين لا يمكنه التدارك وكذا الطلاق والعدة حتى لو طلقها ثنتين ثم اقرت يملك الثالثة ولو اقرت قبل الطلاق تبين بثنتين ولو مضت من عدتها حيضتان ثم اقرت يملك الرجعة ولو مضت حيضة ثم اقرت تبين بحيضتين والاصل امكان التدارك وعدمه اه (قوله فان مات العتيق يرثه وارثه الخ) كذا فى الكافى والمحيط ثم قال فى المحيط وان كان للميت بنت كان النصف لها والنصف للمقر له اه وان جنى هذا العتيق سعى فى جنايته لانه لا عاقلة له وان جنى عليه يجب ارش العبد وهو كالمملوك فى الشهادة لان حريته بالظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق

﴿كتاب الشهادات﴾

(قوله هى اخبار بحق للغير على آخر) يعنى بلفظ الشهادة عند القاضى كما قيده به فى البرهان

فدع ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي بمعنى المعاينة (وشرطها العقل الكامل) بان يكون عاقلا بالغا فلا تقبل شهادة المجنون والصبي (والضبط) وهو حسن السماع والفهم والحفظ الى وقت الاداء (والولاية) بان يكون حرا فلا تقبل شهادة القن (وركنها) الداخل في حقيقتها (لفظ أشهد) بمعنى الخبر دون القسم ذكره الزيلعي حتى اذا ترك لم تقبل الشهادة (وحكمها وجوب الحكم على القاضي بموجبها بعد التزكية) والقياس يأبى كونها حجة ملزمة لانه خبر محتمل للصدق والكذب ولكنه ترك بالنصوص والاجماع (وتجب) اى الشهادة (بالطلب) اى طلب المدعى (في حق العبد) وانما اعتبر طلبه لانها حقه فيشترط طلبه كما في سائر الحقوق (ان لم يوجد بدله) ولا يجوز كتمانها لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا ثم انه انما يأثم اذا علم ان القاضي يقبل شهادته وتعين عليه الاداء وان علم ان القاضي لا يقبل شهادته او كانوا جماعة فأدى غيره ممن يقبل شهادته فقبلت لا يأثم وان ادى غيره ولم يقبل شهادته يأثم من لم يؤد اذا كان ممن يقبل شهادته لان امتناعه يؤدي الى تضييع الحق (دون حق الله تعالى) فانها تجب فيه بلا طلب (كعتق الامة وطلاق المرأة) فان فيهما تحريم الفرج وترك الشهادة فيهما رضا بالفسق والرضا به فسق (وسترها في الحدود افضل) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وتلقينه للدرء بقوله لعلك لمستها او قبلتها آية ظاهرة على رجحان الستر (ويقول في السرقة أخذ لا سرق) احياء لحق المسروق منه ورعاية لجانب الستر (ونصابها للزنا اربعة رجال) لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء (و) نصابها (لبقية الحدود والقود رجلان) لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة النساء لما فيها من شبهة البدلية

(قوله ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي بمعنى المعاينة) لو قال كالزيلعي فلهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة لكان اولى (قوله والحفظ الى وقت الاداء) ظاهره اشتراط الحفظ من وقت التحمل الى الاداء كما في رواية الحديث على قول الامام ولذلك قلت عنه الرواية في باب الاخبار وعندهما يحل له ان يروي وهذا خلاف ما سيذكره بقوله ولا يشهد من رأى خطه ولم يتذكرها حتى يتذكر اه (قوله وحكمها وجوب الحكم على القاضي بموجبها بعد التزكية) اشتراط التزكية قولهما وهو المفتى به كما سيأتي ولا يجوز للقاضي تأخير الحكم بعد وجود شرائطه الا في ثلاث رجاء الصلح بين الاقارب واستمهال المدعى واذا كان عند القاضي ريبة كما في الاشباه والنظائر (قوله وتجب بالطلب في حق العبد ان لم يوجد غيره) كذا ان وجد ولكن هذا اسرع قبولا لا يسعه الامتناع لما فيه من تضييع الحق كما في الفتاوى الصغرى (قوله ولا يجوز كتمانها لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا) جرى على ما عليه الاكثر كابن عباس وعطاء انه في طلب اقامة الشهادة ومفعول ولا يأب محذوف لفهم المعنى اي لا يأب اقامة الشهادة واذا دعوا ظرف ليأب اي لا يمتنعون في وقت دعوتهم لادائها وقضية ما قرره الحافظ السيوطي ان الآية في الطلب للتحمل وهو ما جرى عليه قتادة والربيع وهو محمول على ما اذا لم يوجد غيره والا فالاولى الامتناع اه كذا في التفسير للعلامة محمد الكرخي الشافعي اه والحكم كذلك عندنا في اولوية امتناع التحمل كما قال في الفتاوى الصغرى لا بأس للانسان ان يحترز عن قبول الشهادة وتحملها ان وجد غيره والا فلا يسعه الامتناع اه (قوله ثم انه انما يأثم الخ) قاله الزيلعي وهذا اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القاضي وان كان بعيدا بحيث لا يمكنه ان يغدو الى القاضي لاداء الشهادة ويرجع الى اهله في يومه ذلك قالوا لا يأثم لانه يلحقه الضرر بذلك وقال تعالى ولا يضار كاتب ولا شهيد ثم ان كان الشاهد شيخا كبيرا لا يقدر على المشي الى موضع الحاكم وليس له شيء من المركوب فركبه المدعى من عنده قالوا لا بأس به وتقبل الشهادة لانه من باب اكرام الشهود وقد قال عليه السلام أكرموا الشهود وان كان يقدر وركبه المدعى من عنده قالوا لا تقبل اه (قوله وتلقينه للدرء) من اضافة المصدر لفاعله والضمير عائد للنبي صلى الله عليه وسلم واللام في للدرء للتعليل وقال الزيلعي فيما نقل من تلقين المقر للدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه دلالة ظاهرة على ان الستر افضل (قوله ونصابها للزنا اربعة رجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة) الدليل وان كان لاثبات الزنا في جانب النساء مثبت الحكم كذلك للرجال بالمساواة (قوله ونصابها لبقية الحدود والقود رجلان لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم) قال الكرخي الشافعي في تفسيره واستشهدوا اطلبوا قاله البيضاوي أي فالسين على بابها للطلب ويحتمل كما قال ابو حيان وغيره ان يكون استفعل بمعنى افعل كما قاله الجلال السيوطي اه (قوله ولا تقبل فيه شهادة النساء) لما فيه من شبهة البدل لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وهو آية البدلية وشبهة البدلية تمنع من قبول شهادتهن فيما يسقط بالشبهات لان الشبهة فيها كالحقيقة كما في الكافي

(و) نصابها (للولادة واستهلال الصبي للصلاة عليه والبكارة وعيوب النساء في موضع لا يطلع عليه الرجال امرأة واحدة) لقوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى باللام يراد به الجنس اذا لم يكن ثمة معهود اذ الكل ليس بمراد قطعا فيراد به الاقل لتيقنه (و) نصابها (لغيرها) من الحقوق سواء كان (مالا أو غيره كنكاح وطلاق ووكالة ووصية واستهلال الصبي للارث رجلان أو رجل وامرأتان) لما روى ان عمر وعليا رضي الله تعالى عنهما أجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة كما في الاموال وتوابعها (ولزم في الكل) في الصور الاربع المذكورة (لفظ أشهد للقبول) حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل شهادته لان النصوص وردت بهذا اللفظ وجواز الحكم بالشهادة على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص (ولزم أيضا العدالة) وهي كون حسنات الرجل أكثر من سيئاته وهذا يتناول الاجتناب من الكبائر وترك الاصرار على الصغائر لان الصغيرة تكون كبيرة بالاصرار على ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار (لوجوبه) أي وجوب القبول لقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم ولان الخبر يحتمل الصدق والكذب والحجة هو الخبر الصدق وبالعدالة يترجح جهة الصدق اذ من ارتكب غير الكذب من المحظورات يرتكب الكذب أيضا وفيه اشارة الى ان العدالة شرط وجوب العمل بالشهادة لا شرط أهلية الشهادة لان الفاسق أهل للولاية والقضاء والسلطنة والامامة والشهادة عندنا وعن أبي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروأة يقبل شهادته والاصح ان شهادته لا تقبل الا ان القاضي لو قضى بشهادته يصح عندنا كذا في الكافي (وهي) أي الشهادة (لو) كانت (على حاضر تحتاج الاشارة) أي اشارة الشاهد (الى ثلاثة مواضع أعني (الخصمين) أي المدعي والمدعى عليه (والمشهود به لو) كان (عينا) احتراز عن الدين (ولو) كانت (على غائب أو ميت فسموه ونسبوه الى أبيه فقط) بان قالوا فلان بن فلان (لا تقبل حتى ينسبوه الى جده ولا ينوب صناعته) أي ان ذكروا اسمه واسم أبيه وصناعته لا يكفي (الا اذا كان معروفا بها) بان لا يكون في بلده شريك له في تلك الصناعة وان ذكر اسمه واسم أبيه وقبيلته وحرفته ولم يكن في محلته رجل آخر بهذا الاسم وهذه الحرفة يكفي وان كان آخر مثله لا يكفي حتى يذكر شيأ آخر يفيد التمييز ولو ذكر اسمه واسم أبيه وفخذه أو صناعته ولم يذكر الجد تقبل فشرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء فعلى هذا لو ذكر لقبه واسمه واسم أبيه قيل يكفي والصحيح انه لا يكفي وفي اشتراط ذكر الجد اختلاف (ولو قضى بلا ذكر الجد نفذ) وكذا في العمادية (ولا يسأل عن شاهد بلا طعن الخصم) يعني ان القاضي يقتصر على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل ولا يتفحص ان الشاهد عدل أو لا اذا لم يطعن فيه الخصم واذا طعن سأل القاضي عنه في السر وزكى في العلانية (الا في حد وقود) فانه يسأل في السر ويزكى في العلانية فيهما بالاجماع طعن الخصم أو لا لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيهما (وعندهما يسأل في الكل سرا

(قوله ووصية) قال في الجوهرة المراد بالوصية ههنا الايصاء لانه قال أو غير مال فلو كان المراد الوصية لكان مالا اه ولعل الحال لا يفترق في الحكم بين الشهادة بالوصية والايصاء (قوله بأن لا يكون في بلده شريك له في تلك الصناعة) لم يشترط هذا في جامع الفصولين بل قال ولو ذكروا اسمه واسم أبيه وصناعته لا يكفي الا اذا كانت الصناعة يعرف بها لا محالة فحينئذ يكفي اه (قوله ولو ذكر اسمه واسم أبيه وفخذه أو صناعته ولم يذكر الجد تقبل الخ) قول لغير القائل لما تقدم نقله بعده في جامع الفصولين راقما بعلامة صط ثم قال صاحب الجامع القول الصحيح التعريف لا تكثير الحروف فينبغي ان يكتفى بذكر ما يحصل به التعريف فلو كان معروفا بلقبه وجده ينبغي ان يكفي ذكر لقبه وجده اه (قوله ولا يسأل عن شاهد بلا طعن الخصم) قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى (قوله ويلتمس من المزكي تعريف حالهم) كيفيته ان من عرف حاله بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق يسكت ولا يكتب احترازا عن الهتك ويقول الله أعلم الا اذا عدله غيره وخاف أن يحكم القاضي بشهادته فحينئذ يصرح به ومن لم يعرف حاله يكتب تحت اسمه انه مستور ويرد المعدول المستورة سرا كيلا تظهر فيؤذى كذا في التبيين

وعلنا)

وعلانا) وان لم يطعن الخصم لان بناء القضاء على الحجة وهي شهادة العدل فيتعرف عن العدالة (وبه يفتى) ثم التزكية في السر ان يبعث قطعة قرطاس كتب فيه اسماء الشهود وحليتهم ويلتمس من المزكي تعريف حالهم والتزكية في العلانية ان يجمع القاضي بين المزكي والشهود في مجلس القضاء فيسأل المزكي عن الشهود بحضرة الشهود أهؤلاء عدول مقبولوا الشهادة ليزكيهم أو يجرحهم ووقع الاكتفاء بتزكية السر في زماننا الان تزكية العلانية بلاء وفتنة اذا الشهود والمدعي يقابلون الجارح بالاذى والاضرار به (وكفى للتزكية ان يقول المزكي) اي يكتب المزكي في ذلك القرطاس تحت اسمه (هو عدل) ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيأ احترازا عن الهتك أو يكتب الله أعلم (وان لم يقل جائز الشهادة) قال في الكافي ثم قيل لابد ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة اذ العبد أو المحدود في القذف اذا تاب قد يعدل والاصح ان يكتفي بقوله هو عدل لثبوت الحرية بالدار أقول فيه اشكال لان المحدود في القذف التائب قد يكون عدلا كما ذكره فلابد من قوله جائز الشهادة ليخرج وهذا لا يرد على عبارة الهداية اذ لم يذكر فيها المحدود في القذف لكن لابد فيه أيضا من اعتبار هذا القيد ليخرجه فحينئذ لا يكون الاكتفاء بقوله هو عدل أصح (ولا يصح تعديل الخصم) هكذا قال أبو حنيفة يعني ان تعديل المدعى عليه الشهود لا يصح لان من زعم المدعي وشهوده ان المدعى عليه ظالم كاذب في الانكار وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح وعندهما تصح ان كان من أهله بان كان عدلا لكن عند محمد لابد من ضم آخر اليه لعدم جواز تعديل الواحد وأبو يوسف يجوزه كما سيأتي والمراد بتعديله تزكيته (بقوله هم عدول لكنهم اخطأوا أو نسوا وهم عدول) ولم يزد على هذا (وأما لو قال صدقوا أو عدول صدقة فقد لزم الحكم) لانه اقرار منه بثبوت الحق بخلاف ما لو قال هم عدول ولم يزد عليه حيث لا يلزمه شئ لانهم مع كونهم عدولا يجوز منهم النسيان والخطأ فلا يلزم من كونه عدلا ان يكون كلامه صوابا (كفى واحد للتزكية والترجمة الشاهد والرسالة الى المزكي) لان التزكية من أمور الدين فلا يشترط فيها الا العدالة حتى تجوز تزكية العبد والمرأة والاعمى والمحدود في القذف التائب لان خبرهم مقبول في الامور الدينية (والاحوط اثنان) لان فيه زيادة طمأنينة هذا كله في تزكية السر وأما تزكية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغيرهما سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها أظهر ولذا تختص بمجلس القضاء (لسامع) أي يجوز لسامع (ما يتعلق بالاقوال) كالبيع بان سمع قول البائع بعت وقول المشتري اشتريت والاقرار بان سمع قول المقر لفلان على كذا (أو رأى ما يتعلق بالافعال) كحكم قاض او غصب أو قتل (ان يشهد به) فاعل قوله يجوز المقدر في قوله لسامع (وان لم يشهد عليه) ويقول أشهد انه باع او اقر لانه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين وهذا اذا كان البيع بالعقد ظاهرا وان كان بالتعاطي فكذا الان حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد وقيل لا يشهدون على البيع بل على الاخذ والاعطاء لانه بيع حكمي

(قوله ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيأ) يعني ما لم يعدله غيره كما ذكرناه فحينئذ يصرح بفسقه ثم ان المصنف لم يذكر ما اذا لم يعلم حاله وقد ذكرناه (قوله أقول فيه اشكال الخ) يمكن دفعه بالنظر الى الغالب (قوله ولا يصح تعديل الخصم هكذا قال أبو حنيفة) هذا تفريع من الامام رحمه الله تعالى على قول من يرى السؤال عن الشهود وأما على قوله فلا يتأتى ذلك لانه لا يرى السؤال عن الشهود نظيره تفريعه في المزارعة (قوله كفى واحد للتزكية والترجمة الخ) هذا قول الامام رحمه الله تعالى وكذا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو الذي وعد به فيما تقدم بقوله وأبو يوسف يجوزه كما سيأتي اه قال الزيلعي وهذا عندهما وقال محمد يشترط في التزكية ما يشترط في الشهادة من العدد ووصف الذكورة حتى يشترط في تزكية شهود الزنا اربعة ذكور وفي الحدود والقصاص رجلان وفي الحقوق يجوز رجلان أو رجل وامرأتان وفيما لا يطلع عليه الرجال امرأة واحدة رتبها مراتب الشهادة اه وترجمة الاعمى مقبولة عند الكل كما سنذكره ان شاء الله تعالى (قوله حتى تجوز تزكية العبد الخ) كذا يجوز تزكية أحد الزوجين الآخر وتزكية الوالد ولده وبالقلب كما في التبيين (قوله والاحوط اثنان) كذا قال الزيلعي والاحوط في الكل اثنان الا انه قال قبله وفي المحيط اجاز تزكية الصبي وقالوا اشترط الذكورة وعدد الشهادة في تزكية شهود الحد بالاجماع وينبغي للقاضي أن يختار في المسئلة عن الشهود من هو أخبر بأحوال الناس وأكثرهم اختلاطا بالناس مع عدالته عارفا بما يكون جرحا وما لا يكون جرحا غير طماع ولا فقير كي لا يخدع بالمال فان لم يكن في جيرانه ولا أهل سوقه من يثق به سأل أهل محلته وان لم يجد منهم ثقة اعتبر فيهم تواتر الاخبار اه (قوله لسامع اي يجوز لسامع ما يتعلق بالاقوال الخ) قال الزيلعي بل يجب عليه اذا دعي اليه اه

(قوله بأن يكون في البيت وحده وعلم الشاهد انه ليس في البيت غيره الخ) قال في الكافي وعلم الشاهد ذلك بأن دخل البيت وعلم انه ليس فيه غيره ثم خرج وقعد الخ (قوله لكن ينبغي للقاضي أن لا يقبله الخ) كذا ذكره الزيلعي (قوله أو يرى شخص القائلة ويشهد عنده اثنان الخ) شرط نصاب الشهادة ٣٧٤ وأطلق في ذلك فشمل تعريف من لا تقبل شهادته لها كالاب والزوج وبه

صرح في جامع الفصولين وصحة الشهادة على المنتقبة قال به بعض مشايخنا عند التعريف ولو أخبر العدلان ان هذه المقرة فلانة بنت فلان تكفي هذه الشهادة على الاسم والنسب عندهما وعليه الفتوى فان عرفها باسمها ونسبها عدلان ينبغي للعدلين أن يشهدا الفرع على شهادتهما كما هو طريق الاشهاد على الشهادة حتى يشهدا عند القاضي على شهادتهما بالاسم والنسب ويشهدا بأصل الحق أصالة فيجوز وفاقا وعن ابن مقاتل لو سمع اقرار امرأة من وراء الحجاب وشهد عنده اثنان انها فلانة وذكر نسبها لم يجز ان يشهد عليها أطلق الجواب اطلاقا وقال ت لم يجز ان يشهد عليها الا اذا رأى شخصها حال اقرارها فحينئذ يجوز ان يشهد على اقرارها بشرط رؤية شخصها لا رؤية وجهها اه (قوله ولا يشهد على الشهادة ما لم يشهد عليها) قال في النهاية هذا اذا سمعه في غير مجلس القاضي اما لو سمع شاهدا يشهد في مجلس القاضي جاز له ان يشهد على شهادته وان لم يشهده كذا في الجوهرة (قوله ولا بالتسامع الا في النسب) قصره الاستثناء على هذه الاشياء ينفي اعتبار التسامع في غيرها وذكر في المحيط لا تقبل الشهادة على الولاء بالسماع عندهما وعند ابي يوسف آخرا يقبل كذا في شرح المجمع (قلت) وقوله وعند ابي يوسف آخرا يقبل يعني يجوز له الشهادة به صرح بذلك الزيلعي لانه لو فسر للقاضي لا يقبل اه والشهادة على المهر بالتسامع

فيه روايتان والاصح انه جائز كما في الخلاصة (قوله وأصل الوقف) قال في الهداية واما الوقف فالصحيح انه يقبل بالتسامع
الشهادة بالتسامع في أصله دون شرائطه لان أصله هو الذي يشتهر اه وقال الكمال ابن الهمام ذكر في المجتبى المختار انه يقبل على شرائط الواقف أيضا وأنت اذا عرفت قولهم في الاوقاف التي انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف انها يسلك بها ما كانت عليه في دواوين القضاة لم تقف عن تحسين ما في المجتبى لان ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع اه

لا يحققني (ويقول أشهد لا أشهدني) كيلا يكون كاذبا (ولا يسعه الشهادة بسماعه من وراء الحجاب) أي لو سمع الشاهد صوت من يشهد عليه من وراء الحجاب لا يسعه ان يشهد لاحتمال أن يكون غيره اذ النغمة تشبه النغمة (الا اذا تعين القائل) بان يكون في البيت وحده وعلم الشاهد انه ليس فيه غيره ثم جلس على المسلك وليس فيه مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولم يره اذ حينئذ يحصل به العلم لكن ينبغي للقاضي ان لا يقبله اذا فسر له اذ ليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التفسير فان الشهادة بالتسامع تقبل في بعض الحوادث لكن اذا صرح به لا تقبل كما سيأتي (أو يرى شخص القائلة ويشهد عنده اثنان انها فلانة بنت فلان بن فلان) قال الفقيه أبو الليث اذا أقرت امرأة من وراء الحجاب وشهد عنده اثنان انها فلانة بنت فلان بن فلان لا يجوز لمن سمع اقرارها ان يشهد عليها الا اذا رأى شخصها يعني حال ما أقرت فحينئذ يجوز ان يشهد على اقرارها بشرط رؤية شخصها لا رؤية وجهها قال أبو بكر الاسكاف المرأة اذا حسرت عن وجهها فقالت أنا فلانة بنت فلان بن فلان وقد وهبت لزوجي مهري فان الشهود لا يحتاجون الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان بن فلان ما دامت حية اذ يمكن للشاهد ان يشير اليها فان ماتت فحينئذ يحتاج الشهود الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان بن فلان كذا في العمادية (ولا يشهد على الشهادة ما لم يشهد عليها) لانها تصرف على الاصيل بازالة ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وازالة الولاية الثابتة للغير ضرر عليه فلا بد من الانابة والتحمل منه (ولا) يشهد أيضا (من رأى خطه) أي الذي كتب فيه شهادته (ولم يذكرها) أي شهادته (كذا القاضي) يعني اذا وجد في ديوانه اقرار رجل لرجل بحق أو شهادة شهود شهدوا لرجل على رجل بحق وهو لا يذكره لا يحكم به ولا يتذكره حتى يتذكره (و) كذا (الراوي) يعني اذا لم يتذكر لا يحل له الرواية لان كلا منهم لا يحل الا عن علم ولا علم هنا لان الخط يشبه الخط (ولا بالتسامع الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي وأصل الوقف) فان الشهادة بالتسامع جائزة فيها (اذا أخبر بها رجلان أو رجل وامرأتان عدول) والقياس ان لا تجوز لان الشهادة لا تجوز الا بعلم كما مر ولا يحصل العلم الا بالمشاهدة والعيان أو بالخبر المتواتر ولم يوجد فصار كالبيع والاجارة بل أولى لان حكم المال أسهل من حكم النكاح وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون وانقراض الاعصار فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى الى الحرج وتعطيل تلك الاحكام بخلاف البيع والهبة والاجارة ونحوها لانه كلام يسمعه كل أحد وانما يجوز ان يشهد

(قوله ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان) ليس المراد ظاهره لأنه يشترط فيه لفظ الشهادة في غير الموت كما قاله
الزيلعي لكنه ذكر ما نصه قالوا وفي الاخبار يشترط أن يخبره رجلان أو رجل وامرأتان وهم عدول ليحصل له نوع علم أو غلبة ظن
وقيل في الموت يكتفي باخبار واحد عدل أو واحدة لأنه قد يتحقق في موضع ليس فيه إلا واحد بخلاف غيره لأن الغالب فيها أن
تكون بين الجماعة ويشترط في الاخبار لفظ الشهادة في غير الموت وفي الموت لا يشترط لأنه لا يشترط فيه العدد فكذا لفظ الشهادة
اهـ وفيه بحث لأن قوله وقيل في الموت يكتفي باخبار واحد عدل يفيد أنه خلاف المذهب لصيغة الضعف وقوله بعده ويشترط
في الاخبار لفظ الشهادة في غير الموت وفي الموت لا يشترط لأنه لا يشترط فيه العدد فكذا لفظ الشهادة يفيد أن المذهب الاكتفاء
الموت بواحد اهـ وفي الفتاوى الصغرى الشهادة بالشهرة في النسب وغيره بطريق الشهرة الحقيقية أو الحكمية فالحقيقية أن
يشتهر ويسمع من قوم كثير لا يتصور تواطؤهم على الكذب ولا يشترط في هذا العدالة بل يشترط التواتر والحكمية أن يشهد

بالتسامع إذا حصل له العلم بالتواتر أو بالاشتهار أو باخبار من يثق به ويشترط أن
يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان لأنه أقل نصاب يفيد العلم الذي يبتنى عليه
الحكم في المعاملات وقيل يكتفى في الموت باخبار واحد أو واحدة لأن الناس
يكرهون مشاهدة تلك الحالة فلا يحضره غالبا إلا واحد أو واحدة بخلاف النسب
والنكاح وينبغي أن يطلق أداء الشهادة بأن يقول أشهد أن فلان بن فلان مات ولا
يفسر حتى لو فسر للقاضي أنه شهد بالتسامع لم يقبل شهادته هو الصحيح وإنما قال
أصل الوقف لأنه يبقى على انقراض القرون دون شرائطه لأن أصل الوقف يشتهر
فأما شرائطه التي شرطها الواقف فلا تشتهر قال الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني
لا بد من بيان الجهة بأن يشهدوا أن هذا وقف على المسجد أو المقبرة ونحو ذلك حتى
لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا يقبل شهادتهم وتأويل قولهم لا تقبل شهادتهم على
شرائط الواقف أن بعد ما ذكروا أن هذا وقف على كذا لا ينبغي لهم أن يشهدوا أنه يبدأ
من غلته فيصرف إلى كذا ولو قالوا ذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم كذا في الكافي
(ويشهد رائي جالس مجالس القضاء يتردد إليه الخصوم أنه قاض) وإن لم يعاين تقليد
الامام إياه (و) يشهد أيضا رائي (رجل وامرأة يسكنان بيتا وبينهما انبساط الأزواج
أنها عرسه) كما لو رأى عينا في يد غيره عملا بظاهر الحال (و) يشهد أيضا رائي (شيء
سوى الرقيق المعبر) فإن غير المعبر حكمه حكم العروض (في يد) متعلق بالرائي
المقدر (متصرف كالملاك) أي كما يتصرف الملاك (أنه له) متعلق بيشهد المقدر
صورته رجل رأى عينا في يد انسان ثم رأى ذلك العين في يد آخر والأول يدعي الملك
وسعه أن يشهد بأنه للمدعي لأن الملك في الأشياء لا يعرف يقينا بل ظاهرا فاليد بلا
منازعة دليل الملك ظاهرا (إذا شهد به) أي بأنه ملكه (قلبه) فإن وقع في قلبه أنه

عدلان من الرجال أو رجل وامرأتان
بلفظ الشهادة لكن الشهرة في الثلاثة
الأول يعني النسب والنكاح والقضاء
لا تثبت إلا بخبر جماعة لا يتوهم تواطؤهم
على الكذب أو خبر عدلين بلفظ الشهادة
وفي باب الموت بخبر العدل الواحد وإن
لم يكن بلفظ الشهادة في باب النسب من
شهادات خواهر زاده لكن شرط كونه
عدلا في باب الشهادة على الموت من
المختصر ذكر في آخر شهادات المنتقى
قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في الموت
إذا كان مشهورا أو شهد به واحد وسعك
أن تشهد به وقال أبو يوسف حتى يشهد
عليه شاهد عدل أو يكون موتا مشهورا
اهـ (قوله حتى لو فسر للقاضي أن يشهد
بالتسامع لم يقبل) هذا في غير الوقف كما
سنذكره (قوله قال الشيخ الامام ظهير
الدين الخ) لم يتعرض لبيان الواقف ونص
عليه في الفتاوى الصغرى بقوله شهدوا
على أن هذا وقف على كذا ولم يبينوا
الواقف ينبغي أن يقبل في باب قبض
الديوان من القاضي المعزول قال ظهير الدين إذا لم يكن الوقف قديما لا بد من بيان الواقف اهـ (قوله ويشهد رائي جالس مجالس
القضاء الخ) كذا في التبيين والكافي وفي الفتاوى الصغرى قال أبو حنيفة وأبو يوسف إذا نظر الرجل إلى القاضي في مجلسه والناس
عنده قالوا هذا القاضي وسعه أن يشهد أنه القاضي على اسمه ونسبه وإن لم يكن رآه قبل تلك الساعة اهـ (قوله ويشهد أيضا رائي
رجل وامرأة الخ) ذكره في الكافي لكن زاد الزيلعي قوله ويتبسطان انبساط الأزواج وسمع من الناس أنها زوجته جاز له أن يشهد
اهـ ولا يخفى مغايرة هاتين الصورتين لما تقدم من الشهادة فيهما بالتسامع لأن الشهادة هنا بالمعاينة على ما قاله المصنف ويتعدد
صورة الشهادة بالزوجية على ما ذكره الزيلعي بشرط السماع من الناس مع المعاينة (قوله سوى الرقيق المعبر) يعني إذا لم يعرف
أنه رقيق فلا يشهد به بمعاينة اليد وفي غير المعبر يشهد برقه (قوله إذا شهد به قلبه) كذا في الكمال وعن أبي يوسف أنه يشترط في حل
الشهادة بالملك مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له وفي الفوائد الظهيرية أسند هذا القول إلى أبي يوسف ومحمد ولفظه وعنهما قال المصنف
قالوا يعني المشايخ يحتمل أن يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية قال الصدر الشهيد يحتمل أن يكون قوله قول الكل وبه

ملك الغير لا تحل له الشهادة بالملك له لان الأصل اعتبار اليقين في جواز الشهادة لما مر من قوله صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع فاذا تعذر ذلك يصار الى ما يشهد به القلب (فان فسر) أي الشاهد (للقاضي شهادته بالتسامع) في الصورة الأولى (أو بحكم اليد) في الصورة الأخيرة (بطلت) فانه اذا أطلق وقع في قلب القاضي صدقه فتكون شهادة منه عن علم ولا كذلك اذا فسر وقال سمعت كذا وعن هذا كان المراسيل من الأخبار أقوى من المسانيد كذا في الكفاية (الا في الوقف) فان الشاهدين اذا فسرا شهادتهما بالتسامع تقبل ذكره في العمادية (شهد أنه شهد) أي حضر (دفن زيد أو صلى عليه فهو معاينة) حتى لو فسر للقاضي يقبله اذ لا يدفن الا الميت ولا يصلى الا عليه (الشهادة بالايجاب شهادة بالقبول في المعاوضات) كالبيع والاجارة والنكاح ونحوها (حتى لو شهدوا على تزويج الأب فقط) أي بلا ذكر القبول (تقبل) أي الشهادة (بخلاف الهبة) حتى لو شهدوا بالهبة بلا ذكر القبول لم تقبل كذا في العمادية

{ باب القبول وعدمه }

(تقبل من أهل الأهواء) اعلم أن أهل الأهواء على ما ذكر في الكتب الكلامية أهل القبلة الذين لا يكون معتقدهم معتقد أهل السنة وهم الجبرية والقدرية والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة وكل منهم اثنتا عشرة فرقة فصار والاثنين وسبعين فرقة وعندنا تقبل شهادتهم خلافا للشافعي (الا الخطابية) هم من غلاة الروافض يعتقدون جواز الشهادة لكل من حلف عندهم أنه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكن الشبهة في شهادتهم (و) تقبل من (الذمي على مثله) وان اختلفا (ملة) كاليهود مع النصارى (و) تقبل من الذمي (على المستأمن) لان الذمي أعلى حالا منه لكونه من أهل دارنا ولهذا يقتل المسلم بالذمي ولا يقتل بالمستأمن (بلا عكس) أي لا تقبل شهادة المستأمن على الذمي لقصور ولايته عليه لكونه أدنى حالا منه (و) تقبل الشهادة (منه) أي المستأمن (على مثله ان اتحد دارهما) وان كانوا من أهل دارين كالروم والترك لا تقبل لان الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين ولهذا لا يجري التوارث بينهما (و) تقبل أيضا من (عدو بسبب الدين) فان العداوة الدينية تدل على قوة دينه وعدالته بخلاف العداوة الدنيوية فانها حرام فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه (و) تقبل أيضا (من ملم) أي مرتكب معصية (صغيرة)

تأخذ وقال أبو بكر الرازي هذا قولهم جميعا ووجهه أن الأصل في حل الشهادة اليقين لما عرف فعند تعذره يصار الى ما يشهد به القلب لان كون اليد مسوغا بسبب افادته ظن الملك فاذا لم يقع في القلب ذلك لا ظن فلم يفد مجرد اليد ولهذا قالوا اذا رأى انسان درة ثمينة في يد كناس أو كتابا في يد جاهل ليس في آبائه من هو أهل له لا يسعه أن يشهد بالملك له فعرف أن مجرد اليد لا يكفي اه (قوله فان فسر الخ) بطلان الشهادة في غير الوقف حكى فيه خلافا في جامع الفصولين قال شهدا بنسب أو نكاح وقالا سمعناه من قوم لا يتصور تواطؤهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل ٣٧٦ وفي عدة اشارة الى ان القبول أصح على ما يأتي ثم قال لو قالا نشهد أن فلانا مات أخبرنا به من شهد موته ممن يوثق به قبل يقبل في الأصح كذا في عدة وقيل لا يقبل لكن رأى عينا بيده يتصرف فيها تصرف الملاك حل له الشهادة بالملك لذي اليد ولو شهدا عند القاضي انه ملكه لانا رأيناه بيده يتصرف فيه تصرف الملاك لا تقبل كذا هذا وقد عثرنا على الرواية أنه يجوز أن يقبل اه

{ باب القبول وعدمه }

(قوله الا الخطابية) ردت شهادتهم لتهمة الكذب لا لخصوص بدعتهم وكذا لا تقبل ممن تكفره بدعته والخطابية نسبة الى أبي الخطاب محمد بن أبي وهب الاجدع وقيل محمد بن أبي زينب الاسدي الاجدع خرج بالكوفة أبو الخطاب وحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله بن عباس واظهر الدعوة الى جعفر فتبرأ منه جعفر ودعا عليه فقتل هو وأصحابه قتله وصلبه عيسى بالكناس كذا في فتح القدير (قوله وقيل يرون الشهادة واجبة لشيعتهم) قال في الكافي وهم يدينون بشهادة الزور لموافقيهم على مخالفيهم (قوله وتقبل من الذمي على مثله) أي اذا كان عدلا في دينهم في الجوهرة (قوله والذمي على المستأمن الخ) عدل عن التعبير بالحربي الى المستأمن لان الكمال أول به قول الهداية ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي فقال اراد به المستأمن لانه لا يتصور غيره فان الحربي لو دخل بلا امان قهر استرق ولا شهادة للعبد على احد اه ولا يخفى ان المراد نفي شهادته ولو دخل بلا بامان لا نفي شهادة الذمي عليه (قوله ولهذا لا يجري التوارث بينهما) كذا لا يجري التوارث بين الذمي والمستأمن وان قبل شهادة الذمي عليه لان المستأمن من أهل دارنا فيما يرجع الى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب في الارث والمال كما في الفتح (قوله وتقبل ايضا من ملم اي مرتكب معصية صغيرة) قال الكمال احسن ما نقل في هذا الباب عن ابي يوسف ان لا يأتي

بلا اصرار عليها (ان اجتنب الكبائر) وهو معنى العدالة كما مر (و) تقبل أيضا من (أقلف) لاطلاق النصوص بلا تقييد بالختان ولانه لا يخل بالعدالة هذا اذا تركه لعذر به من كبر أو خوف هلاك وان تركه استخفافا بالدين لم تقبل لانه لا يكون عدلا ولم يقدر أبو حنيفة له وقتا اذ لم يرد به كتاب ولا سنة ولا اجماع والمقادير لا تعرف بالرأى وقدره المتأخرون فقيل سبع سنين الى عشر سنين وقيل اليوم السابع من ولادته أو بعده الى أن يحتمله ولا يهلك به (و) من (الخصى وولد الزنا والخنثى) اذا كانوا عدولا فان قطع العضو وجناية الابوين لا يوجب قدحا في العدالة وقبل عمر رضى الله عنه شهادة علقمة الخصى والخنثى اما رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة ثم انه ان لم يكن مشكلا فلا اشكال فيه وان كان مشكلا فيجعل امرأة في حق الشهادة احتياطا (والعتيق للمعتق وبالعكس) لعدم التهمة وقد ثبت ان قنبرا شهد لعلى عند شريح فقبل شهادته وهو كان عتيق على (والعمال) المراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا على الظلم قالوا هذا كان في زمانهم لان الغالب عليهم الصلاح فاما الذين في زماننا فلا تقبل شهادتهم لغلبة ظلمهم كذا في الكافي (و) تقبل الشهادة (لاخيه وعمه ومن حرم رضاعا أو مصاهرة) كام امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأة أبيه وابنه لان الاملاك بينهم متميزة والايدى متحيزة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض فلا يتحقق التهمة بخلاف شهادته لقرابته ولادا أو شهادة أحد الزوجين للآخر (و) تقبل (من كافر على عبد كافر مولاه أو) على حر كافر (موكله مسلم) يعنى تجوز شهادة الكافر على عبد كافر مولاه مسلم وعلى وكيل كافر موكله مسلم (بلا عكس) أى لا تجوز شهادة الكافر على عبد مسلم مولاه كافر وعلى وكيل مسلم موكله كافر فان مسلما اذا كان له عبد كافر أذن له بالبيع والشراء فشهد عليه شاهدان كافران بشراء أو بيع جازت شهادتهما عليه لان هذه شهادة كافر قامت على اثبات أمر على الكافر قصدا ولزم منها الحكم على المولى المسلم ضمنا ولو كان المولى كافرا والعبد المأذون مسلما لا تقبل شهادة الكافر عليه لان هذه شهادة كافر قامت على اثبات أمر على المسلم قصدا ولو ان مسلما وكل كافرا بشراء أو بيع فشهد على الوكيل شاهدان كافران بشراء أو بيع جازت شهادتهما عليه لانها قامت لاثبات أمر على الكافر ولو ان كافرا

بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكون ستره اكثر من هتكه وصوابه اكثر من خطائه ومروأته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروأة ثم قال ولا بأس بذكر افراد نص عليها ثم تارك الصلاة بالجماعة بعد كون الامام لا طعن عليه في دين ولا حال وان كان متأولا في تركها كأن يكون معتقدا أفضلية أول الوقت والامام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك وكذا بترك الجمعة من غير عذر فمنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلواني ومنهم من شرط ثلاث مرات والاول أوجه وذكر الاسبيجابي من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الاكثر ولا بد من كونه في غير ارادة ٣٧٧ التقوى على صوم الغد أو مؤانسة الضيف وكذا من خرج لرؤية السلطان والامير عند قدومه ورد شداد شهادة شيخ صالح لمحاسبة ابنه في النفقة في طريق مكة كأنه رأى منه تضييقا ومشاحة تشهد بالبخل وذكر الخصاف أن ركوب البحر للتجارة أو التفرج يسقط العدالة وكذا التجارة الى أرض الكفار وقرى فارس ونحوها لانه مخاطر بدينه ونفسه لنيل المال فلا يؤمن ان يكذب لاجل المال وترد شهادة من لم يحج اذا كان موسرا على قول من يراه على الفور وكذا من لم يؤد زكاته وبه أخذ الفقيه أبو الليث وكل من شهد على اقرار باطل وكذا على فعل باطل مثل من يأخذ سوق النخاسين مقاطعة واشهد على وثيقتها شهودا قال المشايخ ان شهدوا حل لهم اللعن لانه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون على مباشرى السلطان على ضمان الجهات والاجارة المضارة وعلى المحبوسين عندهم والذين في ترسيمهم اه فاغتنم لما حل ولا تمل (قوله وقيل اليوم السابع من ولادته أو بعده الى أن يحتمله ولا يهلك به) استدل له بما روى أن الحسن والحسين رضى الله عنهما ختنا في اليوم السابع أو بعد السابع ولكنه شاذ ورأى الختان سنة للرجال ومكرمة للنساء لانها تكون ألذ عند المواقعة كذا في التبيين (قوله وان كان مشكلا فيجعل

امرأة في حق الشهادة) ليس احترازا عن غير الشهادة لمعاملته بالاضر في غير ذلك نحو الارث والامامة (قوله الا اذا كانوا على الظلم الخ) كذا ما نقله الكمال عن الصدر الشهيد ان شهادة الرئيس لا تقبل وكذا الجابي والصراف الذى يجمع عنده الدراهم ويأخذها طوعا لا تقبل وقدمنا عن البزدوى أن القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وان كان أصله ظلما فعلى هذا تقبل شهادته والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى في بلادنا شيخ البلد ومثله المعرف في المراكب والعرفاء في جميع الاصناف وضمان الجهات في بلادنا لانهم كلهم أعوان على الظلم اه

(قوله لا من كافر على مسلم) المعتبر اسلامه حال القضاء لا حال أداء الشهادة ولا حال الشهادة قبل الامضاء في الحدود والقصاص
لما قال في المحيط شهد ذميان بمال على ذمي فأسلم المشهود عليه قبل القضاء لا يقضى لان الشهادة انما تصير حجة وقت القضاء ووقت
القضاء الشاهد كافر والمشهود عليه مسلم فلا تصير حجة وان أسلم المشهود عليه في الحدود بعد القضاء قبل الامضاء لا ينفذه لان
الامضاء في باب الحدود من القضاء وفي باب القصاص في النفس وفيما دونها ينفذه قياسا لا استحسانا لما عرف واذا لم ينفذه هل
تجب الدية ذكر الخصاف في أدب القاضي ان عند أبي يوسف تجب واختلف المتأخرون قيل هذا قول أبي حنيفة وقيل هذا قول
الكل فقيل عند أبي حنيفة ينفذ القصاص فيما دون النفس ولا يقضى بالدية في النفس وعندهما يقضى بالدية فيهما وهذا
الاختلاف كالاختلاف في القضاء بالنكول عنده ينفذ القضاء بالقصاص فيما دون النفس ولا يقضى بشيء في النفس وعندهما
يقضى بالدية فيهما (قوله الا في الوصاية) تصور الوصاية بما قال في المحيط أوصى كافر الى مسلم فأقام رجل البينة من أهل
الكفر بدين على الميت جاز لان هذه
شهادة قامت على كافر وهو الميت لا الوصي
(قوله يعني اذا ادعى الايصاء من نصراني
وأقام شاهدين نصرانيين على خصم
مسلم) الذي يظهر لي ان هذا مقيد بما اذا
كان الخصم المسلم مقرا بالدين للنصراني
الميت منكرا للوصاية فتقبل شهادة
الذميين لاثبات الوصاية لانها شهادة على
النصراني الميت أما لو كان الخصم المسلم
منكرا للدين كيف تقبل شهادة الذميين
عليه به فليتأمل (قوله أو ادعى أن فلان
ابن فلان النصراني الخ) كذا يظهر لي
أن هذا فيما اذا أقر الخصم بالمال لا بنسب
المدعي وفي كلام المصنف اشارة اليه
بقوله فلو لم تقبل شهادة النصراني على
المسلم في اثبات الايصاء الذي بناؤه على
الموت والنسب الذي بناؤه على النكاح
الخ فتأمل (قوله ولا من أعمى) سواء عمي
قبل التحمل أو بعده فيما تجوز الشهادة
فيه بالتسامع أو لا تجوز وقال زفر رحمه
الله تعالى وهو رواية عن الامام تقبل فيما
يجوز فيه التسامع وتقبل في الترجمة عند
الكل كذا في الفتح (قوله ومملوك) أراد به الرقيق ليشمل المكاتب (قوله الا أن يتحملاها في الرق والصغر وأديا بعد الحرية استفادها
والبلوغ) شامل لتحمله لسيده في رقه وكذا لو تحمل في كفره وأداها في اسلامه تقبل كما في الفتح وكذا لو تحمل حال قيام الزوجية
لزوجته ثم أداها بعد الابانة كما في الصغرى لكن قال الكمال وفي المحيط لا تقبل شهادته لمعتدته من رجعي ولا بائن لقيام النكاح
في بعض الاحكام اهـ فيمكن حمل الابانة في كلام الفتاوى الصغرى على انقضاء العدة جمعا بينهما (قوله ومحدود في قذف) أشار به
الى تمام الحد مقاما عليه وبه صرح الزيلعي عن المبسوط لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد وروى عنه أنها تسقط بالاكثر
وروى بضرب سوط (قوله وان تاب) اشارة الى خلاف الشافعي ومالك في قبولهما لها اذا تاب والمراد بتوبته الموجبة لقبول
الشهادة أن يكذب نفسه في قذفه وهل يعتبر معه اصلاح العمل فيه قولان ذكره الكمال (قوله الا أن يحد كافر فيسلم) أشار به الى
شرط تمام الحد حال الكفر ولو حد بعضه في حال كفره وباقيه في اسلامه ففيه اختلاف الروايتين كذا في الفتح وقال الزيلعي

وكل مسلما بشراء أو بيع لا تقبل شهادتهما عليه لانها شهادة كافر قامت لاثبات
أمر على المسلم قصدا كذا في شرح المسعودي لتلخيص الجامع الكبير (لا من كافر
على مسلم) عطف على قوله تقبل من أهل الاهواء (الا في الوصاية والنسب اذا
ادعى حقا من قبل الميت على خصم حاضر) يعني اذا ادعى الايصاء من نصراني
وأقام شاهدين نصرانيين على خصم مسلم أو ادعى ان فلان ابن فلان النصراني
مات وهو وارثه وأحضر مسلما للميت عليه دين وأقام شاهدين نصرانيين على نسبه
تقبل وهذا استحسان والقياس ان لا تقبل وجه الاستحسان ان المسلمين لا يحضرون
موت النصارى والوصاية تكون عند الموت غالبا وسبب ثبوت النسب النكاح
وهم لا يحضرون نكاحهم فلو لم تقبل شهادة النصراني على المسلم في اثبات
الايصاء الذي بناؤه على الموت والنسب الذي بناؤه على النكاح أدى الى ضياع
الحقوق المتعلقة بالايصاء فقبلت ضرورة كما قبلت شهادة القابلة للضرورة (و) لا
من (أعمى) لان الاداء يفتقر الى التمييز بين الخصمين والمشهود به ان كان منقولا
ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة لا يمكن التحرز عنها بجنس الشهود (ومرتد)
اذ الشهادة من باب الولاية ولا ولاية له على أحد فلا تقبل شهادته ولو على كافر
(ومملوك وصبي) اذ لا ولاية لهما على أنفسهما فعلى غيرهما أولى (الا أن يتحملاها)
أي الشهادة (في الرق والصغر وأديا بعد الحرية والبلوغ) فحينئذ تقبل لان التحمل
بالمعاينة أو السماع وهما لا ينافيانهما وعند الاداء هما من أهل الشهادة (ومحدود
في قذف وان تاب) لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا (الا أن يحد كافر فيسلم)
فان الكافر اذا حد في القذف لم تجز شهادته على أهل الذمة لان له شهادة على
جنسه فترد تتمة لحده فان أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة

لو ضرب الذمي سوطا فأسلم ثم ضرب الباقي بعد الاسلام تقبل شهادته وعن أبي حنيفة اذا ضرب السوط الاخير بعد الاسلام لا تقبل شهادته اه (قوله ومسجون في حادث السجن) كذا لا تقبل شهادة الصبيان بعضهم على بعض فيما يقع في الملاعب وكذا شهادة النساء فيما يقع في الحمامات لا تقبل وان مست الحاجة لعدم حضور العدول السجن ولا البالغين ملاعب الصبيان ولا الرجال حمامات النساء لان الشرع لما شرع لذلك طريقا آخر وهي منع النساء عن الحمامات والصبيان عن الملاعب والامتناع عن مباشرة ما به يصير مستحقا للسجن فاذا لم يفعلوا ذلك كان التقصير مضافا اليهم لا الى الشرع كذا في الصغرى (قوله لكونهم متهمين) اى بارتكابهم ما يوجب السجن وقد نهوا عنه كما ذكرنا (قوله وزوج وعرس) يتفرع عليه لو شهد أحدهما للآخر في حادثة فردت فارتفعت الزوجية فأعاد تلك الشهادة تقبل بخلاف ما لو ردت لفسق ثم تاب وصار عدلا وأعاد تلك الشهادة لا تقبل بخلاف شهادة العبد والكافر والصبي اذا ردت ثم عتق وأسلم وبلغ وأعادها تقبل فصار الحاصل كل من ردت شهادته لمعنى وزال ذلك المعنى لا تقبل اذا أعادها بعد زوال ذلك المعنى الا العبد اذا شهد فرد والكافر والاعمى والصبي اذا شهد كل فرد ثم عتق وأسلم وأبصر وبلغ فشهد وابعينها تقبل ولا تقبل فيما سواهم اه كذا في الفتح ٣٧٩ ولكن آخره يخالف أوله لحكمه ابتداء بقبول شهادة أحد الزوجين بعد زوال الزوجية وقد كانت ردت حال قيامها وحكمه آخرا بعدم قبولها بقوله ولا تقبل فيما سواهم اذ لم يستثن للقبول بعد الرد الا العبد والكافر والاعمى والصبي اه والذي ينبغي أن يعول عليه في كلامه ما ذكره آخرا لما قال في الفتاوى الصغرى لو شهد المولى لعبده بالنكاح فردت ثم شهد له بذلك بعد العتق لم يجز لان المردود كان شهادة ثم قال والصبي أو المكاتب اذا شهد فردت ثم شهدها بعد البلوغ والعتق جاز لان المردود لم يكن شهادة بدليل ان قاضيا لو قضى به لا يجوز فاذا عرفت هذا يسهل عليك تخريج جنس هذه المسائل أن المردود لو كان شهادة لا يجوز بعد ذلك أبدا ولو لم يكن شهادة تقبل عند استجماع الشرائط اه ولكن يشكل عليه شهادة الاعمى اذ لو قضى بها جاز فهي شهادة وقد حكم بقبولها بعد زوال العمى اه ولما قال في الجوهرة اذا شهد الزوج الحر لزوجته فردت ثم أبانها وتزوجت غيره ثم شهد لها بتلك الشهادة لم تقبل لجواز أن يكون توصل بطلاقها الى تصحيح شهادته وكذا اذا شهدت لزوجها ثم أبانها ثم شهدت له اه والعلة المذكورة في الصغرى موجودة هنا لانها شهادة اه ولما قال في البدائع لو شهد الفاسق فردت أو أحد الزوجين لصاحبه فردت ثم شهد بعد التوبة والبينونة لا تقبل ولو شهد العبد أو الصبي أو الكافر فردت ثم عتق وبلغ وأسلم وشهد في تلك الحادثة بعينها تقبل ووجه الفرق أن الفاسق والزوج لهما شهادة في الجملة فاذا ردت لا تقبل بعد بخلاف الصبي والعبد والكافر اذ لا شهادة لهم أصلا اه (قوله وزوج وعرس) شامل لما لو كان المشهود له مملوكا وبه صرح الكمال (قوله والمراد بالاجير التلميذ الخاص الخ) يشير الى قبول شهادة الاستاذ له والمستأجر له وبه صرح في الفتح (قوله فلو شهد فيما لا يشتركان فيه تقبل) يعم المفاوض فتقبل فيما ليس مشتركا بينهما نحو العقار والعروض ومالا يدخل في الشركة مفاوضة بشرائه وهو طعام الاهل وكسوتهم وكذا الحدود والقصاص والنكاح والطلاق والعتاق كما في التبيين (قوله وأما من في كلامه لين وفي أعضائه تكسر) يعني بأصل الخلقة أشار اليه بقوله ولم يشتهر بشئ من الافعال الرديئة اذ لو كان تشبيها بالنساء لا تقبل كما في التبيين

استفادها بالاسلام ولم يلحقها رد وهي الشهادة على أهل الاسلام لانها لم تكن ثابتة زمان الرد والحد فلما جازت شهادته على أهل الاسلام جازت شهادته على الكافر ضرورة بخلاف العبد اذا حد بالقذف ثم عتق حيث ترد شهادته اذ لا شهادة للعبد أصلا حال رقه فيتوقف الرد على حدوثها له فاذا حدث كان رد شهادته بعد العتق من تمام حده (ومسجون في حادث السجن) يعني اذا حدث بين أهل السجن حادثة في السجن وأراد بعضهم ان يشهد في تلك الحادثة لم تقبل لكونهم متهمين كذا في الجامع الكبير (وأصله وفرعه وزوج وعرس وسيد لعبده ومكاتبه) الاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره والمراد بالاجير على قول المشايخ التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل هو الاجير مسانهة أو مشاهرة لانه يستوجب الاجر بمنافعه فاذا شهد له في مدة الاجارة فكأنه استأجره عليها (وشريكه فيما يشتركان فيه) لانها شهادة لنفسه من وجه فلو شهد فيما لا يشتركان فيه تقبل لعدم التهمة (ومخنث بفعل الردىء) لاصراره على الفسق وأما من في كلامه لين وفي أعضائه تكسر ولم يشتهر بشئ من

الافعال الرديئة فلا ترد شهادته (ونائحة ومغنية) لارتكابهما الحرام طمعا في المال والمراد بالنائحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذته مكسبا والتغني للهو حرام في جميع الاديان خصوصا اذا كان من المرأة فان نفس رفع الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيد ههنا بقوله للناس وقيده به فيما سيأتي (ومدمن الشرب) أي شرب الأشربة المحرمة فان ادمان شرب غيرها لا يسقط الشهادة ما لم يسكر (على اللهو) شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك لا يخرج من كونه عدلا وان كان شرب الخمر كبيرة وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك أو يخرج سكران ويلعب به الصبيان اذ لا مروأة لمثله ولا يحترز عن الكذب عادة كذا في الكافي (وعدو بسبب الدنيا) قال في المحيط لا تجوز شهادة رجل على رجل بينهما عداوة في شئ من أمور الدنيا وقال الزاهدي ما ذكر في المحيط اختيار المتأخرين وأما الرواية المنصوصة فبخلافه فانه اذا كان عدلا تقبل شهادته قال وهو الصحيح وعليه الاعتماد (ومن يلعب بالطيور) لشدة غفلته واصراره على نوع لهو ولأن الغالب انه ينظر الى العورات في السطوح وغيرها وهو فسق فاما اذا امسك الحمام للاستئناس ولا يطيرها فلا تزول عدالته لان امساكها في البيوت مباح (أو الطنبور) لانه من اللهو (أو يغني للناس) لانه يصير على نوع فسق ويجمعهم على ارتكاب كبيرة ولا يمتنع عادة عن المجازفة والكذب واذا كان لا يسمع غيره ولكن يسمع نفسه لازالة الوحشة فلا يقدح في الشهادة (أو يرتكب ما يحد به) أي يأتي نوعا من الكبائر الموجبة للحد لوجود تعاطيه بخلاف اعتقاده وذا دليل قلة ديانته فلعله يجترئ على الشهادة زورا كذا في الكافي أقول ظاهر هذا مخالف لما نقلناه عنه في شرب الخمر سرا لكن التوفيق بينهما ان المراد

(قوله ونائحة ومغنية لارتكابهما المحرم طمعا في المال) في هذا التعليل نظر من حيث جانب المغنية لانه بمجرد غنائها ولو لم يكن لغيرها لا تقبل شهادتها كما سنذكره لكنه ينبغي تقييده بما اذا اعتادته ومنها عليه ليظهر منها كما في مدمن الشرب على اللهو والا فما الفرق (قوله والمراد بالنائحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذته مكسبا) قال الكمال ظاهره التقييد بشيئين أن يكون للناس بأجر وذا لانه الاثم من أن ترتكب شهادة الزور لاجل المال لكونها أسهل عليها من الغناء والنوح لاجله مدة طويلة ولم يتعقب هذا احد من المشايخ فيما علمت لكن بعض متأخري الشارحين نظر فيه بأنه معصية فلا فرق بين كونه للناس أولا وذكر جوابه انه وان كان معصية لكن يشترط الشهرة ليصل للقاضي العلم بالشهرة وذلك يفيد كونه للناس والا فيرد مشكلة على قولهم ولا مدمن الشرب على اللهو ومع قولهم برد شهادة من يأتي بابا من الكبائر مع أن شرب الخمر منها ومع ذلك يشترط فيه الشهرة فيحمل قولهم من يأتي بابا من الكبائر بأنه على الاتيان ٣٨٠ به شهرة اه (قوله والتغني للهو حرام في جميع الاديان خصوصا اذا كان من المرأة الخ) بالنظر الى هذه العلة لا معنى لتخصيصه في الرجل بأن يكون للناس وكذا التقييد في النائحة بكونها للناس لارتكاب المحرم فلم يبق مانعا الا علة الاشتهار فيظهر ما قلنا انه في جانب المغنية لنفسها عند اعتيادها (قوله ومدمن الشرب) قال الزيلعي نقلا عن النهاية شرط الادمان ولم يرد به الادمان في الشرب وانما أراد به الادمان في النية يعني يشرب ومن نيته أن يشرب بعد ذلك اذا وجده اه وظاهر ان هذا لا يوقف عليه الا من جهته ومخالف لما نقله المصنف عن الكافي ونقله الزيلعي أيضا شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه الخ (قوله ومن يلعب بالطيور الخ) قال الكمال والاوجه أن اللعب بالطيور فعل مستخف به يوجب في الغالب اجتماعا مع أناس أراذل وصحبتهم وذلك مما يسقط العدالة اه (قوله واذا كان لا يسمع غيره الخ) بهذا لا يعلم حكمه في حق نفسه وقال الكمال فيه خلاف بين المشايخ منهم من قال لا يكره وانما يكره اذا كان على سبيل اللهو وبه أخذ شمس الائمة السرخسي ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه أخذ شيخ بارتكاب
الاسلام (قوله أو يأتي نوعا من الكبائر الموجبة للحد) ليس احترازا عما لا يوجب الحد من الكبائر لما ذكره بعده من موانع الشهادة ولذا أطلقه الزيلعي في الجميع فقال وكل من يرتكب الكبائر ترد شهادته واختلفوا في الكبيرة قال أهل الحجاز وأهل الحديث هي السبع المذكورة في الحديث المشهور وهي الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم أكل الربا وأكل مال اليتيم وقال بعضهم ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به فهو كبيرة وقال بعضهم ما فيه حد أو قتل فهو كبيرة وقيل ما أصر عليه وقيل كل ما كان عمدا فهو كبيرة والاوجه ما ذكره المتكلمون أن الكبيرة والصغيرة اسمان اضافيان لا يعرفان بذاتهما وانما يعرفان بالاضافة فكل ذنب اذا نسبته الى ما دونه فهو كبيرة واذا نسبته الى ما فوقه فهو صغيرة اه ولصاحب البحر رسالة في بيان افراد كل من الصغائر والكبائر

بارتكاب ما يحد به ليس ارتكاب ما من شأنه ان يحد به بل ارتكاب ما يحد به بالفعل ولا يكون ذلك الا باظهاره واطلاع الشهود عليه (أو يدخل الحمام بلا ازار) لان كشف العورة حرام ومع ذلك يدل على عدم المبالاة (أو يأكل الربا) لانه فاسق وشرط في المبسوطان يكون مشهورا بأكل الربا لان التجار قلما يتخلصون عن الاسباب المفسدة للعقد وكل ذلك ربا فلا بد من الاشتهار (أو يلعب بنرد او يقامر بشطرنج أو يترك به) أي بالشطرنج (الصلاة) لان كلا منها كبيرة تدل على الدناءة فاما مجرد اللعب بالشطرنج بدون قمار وترك صلاة فليس بفسق مانع للشهادة وان كان مكروها عندنا لان للاجتهاد فيه مساغا لكونه مباحا عند الشافعي وأما من يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة مطلقا (أو يبول أو يأكل على الطريق) قيد لهما (او يظهر سب السلف) وهم الصحابة والعلماء المجتهدون رضوان الله تعالى عليهم لان هذه الافعال تدل على قصور عقله ومروأته ومن لم يمتنع عنها لا يمتنع عن الكذب بخلاف من لا يرتكبها (شهدا) أي ابنا الميت (ان أباهما أوصى اليه) اى جعل هذا الشخص وصيا (وهو) أي ذلك الشخص (يدعيه) اى كونه وصيا (صحت) أي شهادتهما استحسانا وان أنكر الوصي ذلك لم تقبل والقياس ان لا تقبل وان ادعى (كشهادة دائني الميت) أي غريمين لهما على الميت دين (ومديونيه) أي غريمين للميت عليهما دين (والموصى لهما) أي رجلين اوصى لهما الميت (ووصيه على الايتام) اى نصب الوصي وهو متعلق بقوله كشهادة وكان القياس ان لا تقبل شهادة هؤلاء لانهما يجران الى انفسهما مغنما بشهادتهما فيرد ذلك لان الوارثين قصدا بها نصب من يتصرف لهما ويقوم باحياء حقوقهما والغريمين قصدا نصب من يستوفيان حقهما او يبرآن بالدفع اليه والوصيين قصدا نصب من يعينهما على التصرف في مال الميت والموصى لهما قصدا نصب من يدفع اليهما حقهما وجه الاستحسان انها ليست بشهادة حقيقة لانها توجب على القاضي ما لا يتمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لتمكنه من نصب الوصي اذا رضي الوصي والموت معروف حفظا لاموال الناس عن الضياع لكن عليه ان يتأمل في صلاحية من ينصبه وأهليته وهؤلاء بشهادتهم كفوه مؤنة التعيين ولم يثبتوا بها شيأ فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة بل دافعة مؤنة تعيين القاضي (ولو شهدا ان أباهما الغائب وكله بقبض دينه ردت) أي شهادتهما سواء (ادعى) أي الوكيل الوكالة (اولا) لتمكن الشبهة في شهادتهما لانهما يشهدان لابيهما وقد مر بطلانها (كالشهادة على جرح مجرد) وهو ما يفسق به الشاهد ولا يوجب عليه حق الشرع أو العبد فانها لا تقبل (كفاسق او آكل الربا أو انه استأجرهم) ونحو ذلك كما سيأتي لانها انما تقبل فيما يدخل تحت الحكم وفي وسع القاضي الزامه والفسق ليس كذلك لانه يدفعه بالتوبة والاستغفار وان كان امرا زائدا على الجرح لكن لا خصم في اثباته اذ لا تعلق له بالاجرة حتى لو أقام المدعى عليه البينة ان المدعي

(قوله وشرط في المبسوط أن يكون مشهورا بأكل الربا) قال الزيلعي وهذا بخلاف أكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه الادمان لان التحرز عنه ممكن لعدم دخوله في ملكه بخلاف الربا لدخوله فيشترط فيه الادمان (قوله وان كان مكروها عندنا) يعني به انه حرام غير مباح كما في الفتح (قوله وأما من يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة مطلقا) قال الكمال ولعب الطاب في بلادنا مثله لانه يرمي ويطرح بلا حساب واعمال فكر وكل ما كان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمله أهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به أولا ولا تقبل شهادة أهل الشعبذة والدكاك والسيميا اذا أكل بها او اتخذها مكسبه وأما من علمها ولم يعملها فلا (قوله والغريمين قصدا نصب من يستوفيان حقهما) يعني منه وهو كذلك في عبارة الكافي (قوله وجه الاستحسان انها ليست بشهادة حقيقة لانها لا توجب على القاضي ما لم يتمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك) الصواب اسقاط لا النافية من قوله لانها لا توجب على القاضي لان الضمير في قوله لانها راجع الى الشهادة الحقيقية فلا يصح أن يقال لانها لا توجب على القاضي ما لم يتمكن منه الخ لا يقال انه راجع الى شهادة المذكورين لما يلزم منه ان تكون شهادة هؤلاء المذكورين ملزمة وهو عكس الموضوع (قوله والموت معروف) الواو للحال اي ليتمكن القاضي من نصب الوصي اذا رضي في هذه الحالة بخلاف ما اذا لم يرض أو كان الموت غير ظاهر اذ لا يكون له نصب الوصي الا بهذه البينة فتصير الشهادة موجبة فتبطل لمعنى التهمة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل شهادتهما وان لم يكن الموت ظاهرا لانهما يقران على أنفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له فانتفت التهمة وثبت موت رب الدين باقرارهما في حقهما وقيل معنى القبول امر القاضي اياهما باداء ما عليهما اليه لابراءتهما عن الدين بهذا الاداء لان استيفاء الدين منهما حق عليهما فيقبل فيه والبراءة حق لهما فلا تقبل فيها كذا في الكافي

استأجرهم بكذا واعطاهم ذلك من مالى الذى عنده تقبل كما سيأتى قال صدر الشريعة اذا اقام البينة على العدالة فأقام الخصم البينة على الجرح ان كان الجرح جرحا مجردا لا يعتبر بينة الجرح وانما قلت ان صورة المسئلة هذا لانه ان لم يقم البينة على العدالة فاخبر مخبران الشهود فساق او اكلة الربا فان الحكم لا يجوز قبل ثبوت العدالة لاسيما اذا اخبر مخبران الشهود فساق أقول حقيقته ان جرح الشاهد قبل التعديل دفع للشهادة قبل ثبوتها وهى من باب الديانات ولذا قبل فيه خبر الواحد كما مر فى كتاب الكراهية والاستحسان وبعد التعديل رفع للشهادة بعد ثبوتها حتى وجب على القاضى العمل بها ان لم يوجد الجرح المعتبر ومن القواعد المقررة ان الدفع أسهل من الرفع وهو السر فى كون الجرح المجرد مقبولا قبل التعديل ولو من واحد وغير مقبول بعده بل يحتاج الى نصاب الشهادة فى اثبات حق الشرع او العبد فاضمحل بهذا التحقيق ما اعترض عليه بعض المتصلفين بلا شعور على مراد القائل ومع ذلك هو ذاهل عن القواعد وغافل حيث قال أقول فيه نظر اذ الغرض ان مثل هذه الشهادة لا تعتبر سواء كان قبل تعديل الشهود او بعده فلا حاجة الى ما ذكره من الصورة المقيدة ولذلك قلت (بعد التعديل وقبله قبلت مثل ان يشهدوا على ان شهود المدعى فسقة أو زناة او اكلة الربا او شربة خمر او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور او) على اقرارهم (أنهم اجراء فى هذه الشهادة او) على اقرارهم (ان المدعى مبطل فى هذه الدعوى او انه لا شهادة لهم على المدعى عليه فى هذه الحادثة) وانما لم تقبل هذه الشهادات بعد التعديل لان العدالة بعد ما ثبتت لا ترتفع الا باثبات حق الشرع او العبد كما عرفت وليس فى شئ مما ذكر اثبات واحد منهما بخلاف ما اذا وجدت قبل التعديل فانها كافية فى الدفع كما مر (وقبلت على اقرار المدعى بفسقهم او) اقراره (بشهادتهم بزور او بانه استأجرهم على هذه الشهادة) لانه اقرار منه بانه لا حق له فى دعواه (و) قبلت أيضا (على انهم) أى الشهود (عبيد او محدودون بقذف او انهم زنوا ووصفوا الزنا او سرقوا منى كذا او شربوا الخمر ولم يتقادم العهد) بان لم يزل الريح فى الخمر ولم يمض شهر فى الباقى قيد بعدم التقادم اذ لو كان متقادما لا تقبل لعدم اثبات الحق به لان الشهادة بحد متقادم مردودة (أو شركاء المدعى والمدعى مال) هم يشتركون فيه (أو قذفه والمقذوف يدعيه او انه استأجرهم بكذا واعطاهم اياه) اى الاجر (مما كان لى عنده او انى صالحتهم على كذا ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا على زور وشهدوا زورا فانا أطلب ما أعطيتهم) وانما قبلت فى هذه الصور لان فى بعضها حق الله وفى بعضها حق العبد والحاجة ماسة الى احياء هذه الحقوق (من) اى شاهد (رده قاض فى حادثة) اى لم تقبل شهادته فيها (ليس لآخر) اى قاض غيره (قبوله فيها) لان الظاهر ان رد الاول لوجه شرعى فلا يجوز مخالفة الثانى له (شهادة قاصرة يتمها غيرهم تقبل فى مثل ان شهدا بالدار بلا ذكر انها فى يد الخصم فشهد به آخران) فانهما يقبلان لان الحاجة الى الشهادة لاثبات يد المدعى عليه حتى يصير خصما فى اثبات الملك للمدعى ولا فرق فى ذلك بين ان يثبت كلا الحكمين بشهادة فريق

واحد

(قوله وقبلت على اقرار المدعى بفسقهم أو اقراره بشهادتهم بزور) تقدم مثله فى الدعوى بقوله برهن على قول المدعى انا مبطل فى الدعوى او شهودى كذبة او ليس لى عليه شئ صح الدفع (قوله او انهم زنوا ووصفوا الزنا الخ) قال الكمال من الجرح المجرد أن يشهدوا ان الشهود زناة او شربة الخمر ثم قال فاما لو كان الجرح غير مجرد الى ان قال منه ما لو شهدوا ان الشاهد شرب الخمر او زنى اه فذكر الشرب والزنا فى كل من صور الجرح المجرد وغيره ثم قال قد وقع فى عد صور عدم القبول ان يشهدوا بانهم فسقة او زناة او شربة خمر وفى صور القبول أن يشهدوا بانه شرب او زنى لانه ليس جرحا مجردا لتضمنه دعوى حق الله وهو الحد ويحتاج الى جمع وتأويل اه (قلت) وبالله التوفيق الجمع بينهما والتأويل مما ذكره الزيلعى ان الشاهد اذا أطلق فى انه زنى أو شرب الخمر أو سرق ولم يبين وقته لا تقبل للتقادم فيحمل ما فى صور الجرح على هذا وان بينه ولم يكن متقادما تقبل وعليه يحمل ما فى صور القبول وهذه عبارته وما ذكره الخصاف من قوله ان الشهادة على الجرح المجرد مقبولة تأويله اذا أقامها على اقرار المدعى بذلك او على التزكية وعلى هذا ما ذكره فى الكافى وغيره من ان الشهود لو شهدوا ان الشهود زناة أو شربة خمر لم تقبل وان شهدوا انهم زنوا أو شربوا الخمر أو سرقوا تقبل ويحمل الاول على انه اذا كان متقادما والا فلا فرق بين قولهم زناة او زنوا الخ اه فالمصنف رحمه الله تبع ما أول به الزيلعى كلامهم رحمهم الله أجمعين

(قوله ثم اذا شهدا انها في يد المدعى عليه سألهم القاضي الخ) ذكره في جامع الفصولين ثم قال وقد اشتبه على كثير من الفقهاء انه بمجرد اقراره هل تثبت يده حكما فلم يذكرانهما عاينا يده لا تقبل ولا يختص هذا بهذه الحادثة وفي غيرها كذلك حتى لو شهدا ببيع وتسليم يسألهما القاضي أشهدا على اقرار البائع أو على معاينة البيع والتسليم والحكم يختلف فان الشهادة بالبيع والتسليم شهادة بالملك للبائع والشهادة على اقرار البائع به ليست شهادة بملك البائع أقول الشهادة على المعاينة قد تكون في غير ملك البائع بأن يبيع وكالة فلا يستقيم جعل الشهادة على معاينة البيع شهادة بالملك للبائع على الاطلاق وبين هذا وبين الشهادة بالملك للبائع بناء على معاينة اليد والتصرف فرق يعرف بالتأمل فلا يقاس عليه اه قلت ولا يختص بما بحث به فان الشهادة على معاينة البيع لا تقتضي الملك اذ يجوز للشاهد بالبيع ان يدعيه بعد شهادته به مالم يشهد بأنه باع ملك نفسه أو بيعا باتا كما تقدم اه (قوله وان شهدا بالملك في المحدود وآخران بالحدود حيث يقبلان) قال في جامع الفصولين ان الرواية اختلفت في هذه المسئلة والاظهر انها تقبل (قوله شهد عدل فقال أوهمت بعض شهادتي لم يضرها) ليس المراد كونه على الفور بل مالم يبرح عن مكانه أشار اليه بقوله يعني بعد ما شهد تذكر وقوله أوهمت أى أخطأت لنسيان عراني بزيادة باطلة بأن كان شهد بألف فقال انما هي خمسمائة أو بنقص بأن شهد بخمسمائة فقال أوهمت انما هي ألف جازت شهادته واذا جازت فبماذا يقضى قيل بجميع ما شهد به لان ما شهد به صار حقا للمدعى على المدعى عليه فلا يبطل حقه بقوله أوهمت ولا بد من دعوى المدعى الزيادة وقيل بما بقي فقط واليه مال شمس الائمة السرخسي وروى الحسن عن أبي حنيفة اذا شهد شاهدان لرجل شهادة ثم زادا فيها قبل القضاء أو بعده وقالا أوهمنا وهما غير متهمين قبل منهما وظاهر هذا انه يقضى بالكل كذا في الفتح وبه يعلم انه لا فرق بين كونه قبل القضاء او بعده وبه صرح قال وذكر في النهاية ان الشاهد اذا قال أوهمت في الزيادة أو في النقصان يقبل قوله اذا كان عدلا ولا يتفاوت بين أن يكون قبل القضاء أو بعده رواه الحسن عن أبي حنيفة وبشر عن أبي يوسف (قوله وأطلق في الجامع الصغير والمحيط انه اذا لم يبرح الخ) هذا وقيد الزيلعي شرط عدم البراح بما اذا كان موضع شبهة كما بينا اما اذا لم يكن موضع شبهة فلا بأس باعادة الكلام وان قام عن المجلس ان كان عدلا مأمونا مثل أن يترك لفظ الشهادة او اسم المدعى أو المدعى عليه أو الاشارة الى أحد الخصمين وما يجرى مجراه (قوله وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يقبل في غير المجلس في الكل) الاول هو الظاهر (قوله بينة الموت من الجرح الى آخر الباب) كان المناسب ذكره في دعوى الرجلين ﴿تنبيه في الشهادة على فعل نفسه﴾ اعلم انه عقد لذلك فصلا في الخلاصة والتتارخانية وقد استفتى الآن عن قباني ونحوه شهد بالوزن والتسليم للمدعى عليه وكذلك ذرع الثوب لو أخبر به الشاهد بأنه ذرعه وسلمه للمدعى عليه وجوابه قال في الخلاصة ما نصه وفي المنتقى لو شهدا على رجل بمال انه قبضه من فلان وهو ينكر فشهدا على قبضه وقالا نحن وزناه عليه ان كانا زعما ان رب المال كان حاضرا جازت شهادتهما وان لم يكن حاضرا عند الوزن لا تقبل اه قال في التتارخانية لانه اذا كان حاضرا انتقل فعل العقد اليه فكان الشاهد شاهدا على فعل غيره فاما اذا كان غائبا تعذر اضافته اليه فبقي العقد مقصورا عليه وذكر بعد هذا الوزان له الغريم ألف درهم ووضعه وقال خذ مالك فقال المقتضى لرجل ناولني هذه الدراهم فناولها ثم شهد على المقتضى وانه هو الذى دفع اليه الدراهم جازت شهادته وذكر هلال في شروطه انه لا تقبل شهادة الذى كال المكيل وفي المذروع تقبل شهادة الذارع اه وسنذكر في كتاب القسمة جواز شهادة القاسمين ولو قسما بأجر مطلقا

واحد أو فريقين ثم اذا شهدا انها في يد المدعى عليه سألهم القاضي عن سماع تشهدون انها في يده أو عن معاينة لانهم ربما سمعوا اقراره انها في يده وظنوا ان ذلك يطلق لهم الشهادة كذا في العمادية (وان شهدا بالملك في المحدود وآخران بالحدود) حيث يقبلان لما ذكر (وان شهدوا على الاسم والنسب ولم يعرفوا الرجل بعينه فشهد آخران انه المسمى به) أى بذلك الاسم وسيأتى نظائرها (شهد عدل فقال أوهمت بعض شهادتي لم يضرها) يعني بعد ما شهد تذكر لفظا تركه في شهادته فذكره تقبل اذا لم يكن فيه مناقضة وأطلق في الجامع الصغير والمحيط انه اذا لم يبرح عن مكانه جاز ذلك اذا كان عدلا ولم يشترط عدم المناقضة وانه شرط حسن ذكره الزاهدي (بينة الموت من الجرح أولى من بينة الموت بعد البرء) يعني جرح رجل انسانا ومات المجروح فاقام أولياؤه بينة انه مات بسبب الجرح واقام الضارب بينة انه برئ ومات بعد عشرة أيام فبينة أولياء المقتول أولى (وبينة الغبن أولى من بينة كون القيمة مثل الثمن) يعني ان وصيا باع كرم الصبي وبلغ الصبي وادعى غبنا وأقام بينة وأقام المشتري بينة ان قيمة الكرم في ذلك الوقت

مثل الثمن فبينة الغبن أولى لانها تثبت امرا زائدا ولان بينة الفساد ارجح من بينة الصحة (و) بينة (كون المتصرف عاقلا أولى من) بينة (كونه مخلوط العقل أو مجنونا) يعني ان أمة اقامت بينة ان مولاها دبرها في مرض موته وهو عاقل وأقامت الورثة بينة ان مولاها كان مخلوط العقل فبينة الامة أولى وكذا اذا خالع امرأته ثم أقام الزوج بينة انه كان مجنونا وقت الخلع وأقامت بينة على كونه عاقلا حينئذ أو كان مجنونا وقت الخصومة فأقام وليه بينة انه كان مجنونا والمرأة على أنه كان عاقلا فبينة المرأة أولى في الفصلين (و) بينة (الاكراه أولى من بينة الطوع) يعني لو اثبت اقرار انسان بشئ طائعا فاقام المدعى عليه بينة اني كنت مكرها في ذلك الاقرار فبينة الاكراه أولى لانها تثبت خلاف الظاهر

{باب الاختلاف في الشهادة}

اعلم ان مبنى الباب على أصول مقررة منها ان الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى من مدع لان ثبوت حقوقهم يتوقف على مطالبتهم ولو بالتوكيل بخلاف حقوق الله تعالى حيث لا يشترط فيها الدعوى لان اقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل احد فكل احد خصم في اثباتها فصار كأن الدعوى موجودة ومنها ان الشهود اذا شهدوا باكثر من المدعى كان المدعى مكذبهم فتبطل شهادتهم وان شهدوا بالاقل تقبل للاتفاق فيه ومنها ان الملك المطلق أزيد من المقيد لثبوته من الاصل والملك بالسبب مقتصر على وقت السبب ومنها ان الاختلاف بين الشاهدين ليس كالاختلاف بين الدعوى والشهادة لان شهادة الشاهدين ينبغي ان تكون كل منهما مطابقة للاخرى في المعنى وفي لفظ لا يوجب اختلاف المعنى أما المطابقة بين الدعوى والشهادة فينبغي أن تكون في المعنى فقط ولا عبرة باللفظ كذا في الفصول وسيأتي زيادة توضيح له وبه يعلم ان عبارة الوقاية ليست كما ينبغي حيث قال شرط موافقة الشهادة الدعوى كاتفاق الشاهدين لفظا ومعنى ولهذا قلت (تجب مطابقة الشهادة للدعوى) لا لفظا ومعنى معا بل (معنى) فقط (فلو ادعى ملكا مطلقا فشهدا بملك بسبب) كدعوى الدار بالارث مثلا (قبلت) لانهم شهدوا باقل مما ادعى وذلك لا يمنع قبول الشهادة للمطابقة معنى كما مر (وبعكسه) أي لو ادعى ملكا بسبب وشهدا بملك مطلق (لا) أي لا تقبل لانهما شهدا باكثر مما ادعى فتبطل كما مر (و) يجب (تطابق الشهادتين في المعنى ولفظ لا يوجب اختلافه) أي اختلاف المعنى بان ينطابق لفظهما على افادة المعنى بطريق الوضع لا التضمن وعندهما يكفي الاتفاق في المعنى حتى اذا ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر باربعة وآخر بخمسة لم تقبل عنده لعدم المطابقة لفظا وعندهما يقضى باربعة لاتفاق الشاهدين الاخيرين فيها

{باب الاختلاف في الشهادة} (قوله ومنها ان الشهادة على حقوق العباد الخ) ليس من هذا الباب لانه في الاختلاف في الشهادة لا في قبول الشهادة وعدمه (قوله ومنها ان الشهود اذا شهدوا باكثر من المدعى) هذا في الجملة (قوله ومنها ان الملك المطلق الخ) هذا ايضا في الجملة لما سنذكر (قوله فلو ادعى ملكا مطلقا الخ) كان الانسب أن يفرع بقوله فلو ادعى ألفين وشهدا بألف قبلت اتفاقا لوجود التطابق معنى ولا يشكل هذا على قول ابي حنيفة لان الاتفاق بين الدعوى والشهادة وان اشترط لكن ليس على وزان اتفاقه بين الشاهدين ألا يرى انه لو ادعى الغصب فشهدوا باقراره به تقبل ولو شهد احدهما بالغصب والآخر على الاقرار به لا تقبل وحينئذ فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة لانه لما ادعى بألفين كان مدعيا الفا وقد شهدا به صريحا فتقبل بخلاف شهادتهما بالالف والالفين لم ينص شاهد الالفين على الالف الامن حيث هي ألفان ولم يثبت الالفان كذا في الفتح (قوله وبعكسه أي لو ادعى ملكا بسبب وشهدا بملك مطلق لا أي لا تقبل) هذا في غير دعوى الارث والنتاج وكذا في غير دعوى الشراء من مجهول على خلاف فيه لما قال الكمال ادعى ملكا مطلقا أو النتاج فشهدوا في الاول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلتا ثم قال بعد تعليله ومن الاكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل الا اذا كان السبب الارث لان دعوى الارث كدعوى المطلق هذا هو المشهور وقيده في الاقضية بما اذا نسبه الى معروف سماه ونسبه اما لو جهله فقال اشتريته او قال من رجل أو زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهي خلافية ذكر الخلاف في القبول رشيد الدين اهـ

(قوله ويجب تطابق الشهادتين في المعنى الخ) من صوره ما لو ادعى الابراء فشهد احدهما انه ابرأه وآخر انه معنى
وهب له او تصدق به عليه فانها تقبل لانهما يستعملان في البراءة اوشهد احدهما بالهبة والآخر بالابراء تقبل كما في الكافي مع زيادة فائدة اهـ وذكر الكمال ان من المسائل المذكورة في أوقاف الخصاف ما يخالف اصل ابي حنيفة رحمه الله تعالى فليراجع

معنى (فلو شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج قبلت) لاتحادهما معنى (كذا الهبة والعطية ونحوهما ولو) شهد (أحدهما بألف والآخر بألفين أو مائة ومائتين أو طلقة وطلقتين أو ثلاث ردت) لاختلاف المعنيين (كما اذا ادعى غصبا أو قتلا فشهد أحدهما به والآخر بالاقرار به) حيث لا تقبل بخلاف ما اذا شهدا بالاقرار به حيث تقبل (وقبلت على ألف في بألف ومائة) أي في شهادة أحدهما بألف والآخر بألف ومائة (ان ادعى) المدعى (الأكثر) وهو ألف ومائة لاتفاقهما في الألف وتفرد أحدهما بمائة بخلاف ما اذا كان يدعى ألفا فقط حيث لا تقبل لان المدعى كذب من شهد بالزيادة هذا الذي ذكر انما هو في الدين (وفي العين تقبل على الواحد كما لو شهد واحد ان هذين العبدين له وآخران هذا له قبلت على) العبد (الواحد) الذي اتفقا فيه (بالاجماع) كذا في باب الشهادة في الشرب من المحيط (وفي العقد لا) أي لا تقبل (مطلقا) أي سواء كانت على الاقل أو الاكثر او كان المدعى هو البائع أو المشتري (فلو شهد) واحد (بشراء عبد او كتابته بألف وآخر بألف وخمسمائة ردت) لان المقصود اثبات السبب وهو العقد فالبيع بألف غير البيع بألف وخمسمائة فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولان المدعى يكذب أحد شاهديه (كذا العتق بمال والصلح عن قود والرهن والخلع ان ادعى العبد) في الصورة الاولى (والقاتل) في الثانية (والراهن) في الثالثة (والمرأة) في الرابعة لان هؤلاء لا يقصدون اثبات المال بل اثبات العقد وهو مختلف لما عرفت (وان ادعى الآخر) بأن قال مولى العبد أعتقتك على ألف وخمسمائة والعبد يدعى الالف أو قال ولي القصاص صالحتك

(قوله فلو شهد احدهما بالنكاح والآخر بالتزويج قبلت) كذا تقبل فيما لو ادعت نكاحه فشهد احدهما انها امرأته والآخر انها كانت امرأته او شهد انه أقر انها امرأته والآخر انه اقر انها كانت امرأته كما في جامع الفصولين فان قلت يشكل هذا على قول ابي حنيفة بما اذا شهد احدهما انه قال لها انت خلية والآخر انت برية حيث لا يقضى ببينونة اصلا مع افادتهما معا البينونة واختلاف اللفظ وحده غير ضائر قلت نمنع الترادف لان معنى خلية ليس معنى برية لغة والوقوع ليس الا باعتبار معنى اللغة ولذا قلنا ان الكنايات عوامل بحقائقها وهما لفظان متباينان لمعنيين متباينين غير ان المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد وهو وقوع البينونة والمتباينان قد يشتركان في لازم واحد فاختلافهما ثابت في اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان دليل اختلال تحملهما فان هذا يقول ما وقعت البينونة الا بوصفها بخلية والآخر لم تقع الا بوصفها ببرية والا فلم تقع البينونة كذا في الفتح (قوله كذا الهبة والعطية ونحوهما) هو النحلة لاتفاق المعنى وهذا بخلاف ما لو اختلفا في السبب كما لو شهد احدهما بالهبة والآخر بالصدقة فانها لا تقبل لانهما شهدا بعقدين مختلفين كما في المحيط ووجهه ما قال في الكافي ان الصدقة اخراج المال الى الله تعالى والهبة الى العبد اه فعلى هذا ينبغي القبول اذا كانت الدعوى من فقير لان الهبة له صدقة (قوله ولو شهد احدهما بألف والآخر بألفين الخ) قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل على الاقل ان ادعى المدعى الاكثر كما في الكافي وهذا بخلاف ما لو ادعى ألفين فشهدا بألف حيث تقبل اتفاقا كما قدمناه عن الكمال (قوله كما اذا ادعى غصبا او قتلا الخ) وجه عدم القبول ان اختلافهما في الانشاء والاقرار وقع في الفعل فمنع قبول الشهادة وكذا لو شهد احدهما انه قتله عمدا بالسيف والآخر انه قتله بالسكين لم تقبل لان الفعل لا يتكرر باختلاف الآلة وهذا بخلاف ما لو شهد احدهما بالبيع او القرض او بالطلاق او العتاق والآخر بالاقرار به فانها تقبل لان صيغة الانشاء والاقرار في هذه التصرفات واحدة فانه يقول في الانشاء بعت واقرضت وفي الاقرار كنت بعت واقرضت فلم يمنع قبول الشهادة به كما في المحيط (قوله بخلاف ما اذا شهدا بالاقرار به حيث تقبل) لانه لا يشترط التطابق بين الشهادة والدعوى على وزان تطابق الشاهدين كما ذكرناه عن الكمال (قوله فلو شهد واحد بشراء عبد بألف وآخر بألف وخمسمائة ردت) كذا في الفتح عن الجامع ثم قال وفي الفوائد الظهيرية عن السيد الامام الشهيد السمرقندي تقبل لان الشراء الواحد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة بأن يزاد في الثمن فقد اتفقا على الشراء الواحد بخلاف ما لو قال احدهما اشترى بألف والآخر بمائة دينار لان الشراء لا يكون بألف ثم يكون بمائة دينار وقال بعض المحققين من الشارحين فيه نوع تأمل كأنه والله أعلم لو جاز لزم القضاء ببيع بلا ثمن اذ لم يثبت احد الثمنين بشهادتهما ثم لا يفيد لانه يعود الى الخصومة كما كانت في الالف والخمسمائة المدعى بها وانما كان السبب وسيلة الى اثباتها اه (قوله او كتابة) شامل لما لو كان المدعى العبد او مولاه وانكر الآخر كما في الفتح (قوله ان ادعى العبد في الصورة الاولى) هي قوله كذا العتق وليس المراد بها الكتابة لما قدمناه عن الكمال (قوله وان ادعى الآخر

على ألف وخمسمائة والقائل يدعى الالف وكذا الباقيان (فكدعوى الدين) فى وجوهها اذ ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى فى الدين كذا فى الهداية والمدعى فى الرهن اذا كان المرتهن كان دعواه فى الدين بلا خفاء لان الرهن لا يكون الا بعد تقدم الدين فتقبل البينة فى حق ثبوت الدين كما فى سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين كذا فى الكفاية قال صدر الشريعة ليس هذا كدعوى الدين لان الدين يثبت باقرار المديون فيمكن أن يقر عند أحد الشاهدين بألف وعند الآخر باكثر ويمكن ايضا أن يكون الحق هو الاكثر لكنه قضى الزائد على الالف أو يبرئه عنه عند احد الشاهدين دون الآخر فالتوفيق بينهما ممكن أما ههنا فالمال يثبت بتبعية العقد والعقد بالالف غير العقد بالاكثر فبقى على كل واحد شهادة فرد فلا تقبل كما فى الطرف الآخر اقول جوابه ان المشبه لا يجب أن يكون فى حكم المشبه به بجميع الوجوه بل المراد بكونه كدعوى الدين ان الشاهدين اذا كانا مختلفين لفظا لا تقبل عند أبى حنيفة وان كانا متفقين معنى فان ادعى المدعى الاقل لا تقبل شهادة الشاهد بالاكثر وان ادعى الاكثر تقبل على الاقل وانما كان كذلك لان المال فى هذه الصور الاربع وان كان ثابتا بالعقد حين العقد وتابعا له لكن الامر صار بالعكس حين الدعوى لما عرفت ان صاحب الحق اذا اعترف بالعفو والعتق والطلاق والمدعى فى الرهن اذا كان هو المرتهن كان الدعوى فى الدين ولا يعتبر العقد وان اعتبر اعتبر بالتبع للدين كما فى الرهن فظهر ان قوله فالمال يثبت بتبعية العقد انما نشأ من عدم التفرقة بين ثبوت العقد وزواله فتدبر (والاجارة كالبيع فى أول المدة) للحاجة الى اثبات العقد (وكالدين بعدها والمدعى هو المؤجر) اذ لا حاجة هنا الى اثبات العقد

فكدعوى الدين فى وجوهها) قال الكمال وذلك انه اذا ادعى أكثر المالين فشهد به شاهد والآخر بالاقل ان كان الاكثر يعطف مثل ألف وخمسمائة قضى بالاقل اتفاقا وان كان بدونه كالف وألفين فكذلك عندهما وعند أبى حنيفة لا يقضى بشئ اه يعنى بأن ادعى ألفين فشهد شاهد بهما والآخر بالف اذ هى محل الخلاف اما لو ادعى ألفين وشهدا بألف فانها تقبل كما قدمناه عنه رحمه الله واياناً (قوله قال صدر الشريعة الخ) محصله ان دعوى الرهن ليست كدعوى الدين حتى يلزم الاقل لان تطابق الشاهدين على الاقل بسبب الاقرار لزم ذلك على المدعى عليه لامكان التوفيق واتحاد السبب وليس اتفاقهما على الاقل فى الرهن ملزما به لكون المال تابعا للعقد وقد تعدد لان الشهادة بأنه رهنه بألف غير الشهادة بألف وخمسمائة فلكونهما عقدين انفرد بكل فرد ردت شهادتهما وجواب المصنف بأن المشبه الخ ليس محل النزاع ولا ينكر ذلك صدر الشريعة بل هو عين كلامه كما هو ظاهر وأما قوله وانما كان كذلك الخ فحاصله الجواب بالفرق بين ثبوت العقد وزواله لان فى ثبوت العقد تكون الدعوى بالعقد والمال تابع يثبت بثبوت العقد وفى زواله تكون الدعوى فى الدين والعقد تابع يثبت بثبوت الدين اه لكنه يحتاج الى معرفة الزوال والثبوت وزيادة تحقيق ويعلم ذلك من قول المحقق ابن الهمام فان قيل الرهن لا يثبت الا بايجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغى أن يكون اختلاف الشاهدين فى قدر المال لاختلافهما فيه فى البيع والشراء أجيب بأن الرهن غير لازم فى حق المرتهن فان له ان يرده متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار لدعوى الدين فى جانب المرتهن اذ الرهن لا يكون الا بالدين فتقبل بينته فى ثبوت الدين ويثبت الرهن ضمنا وتبعا للدين اه والظاهر ان هذا الجواب لغير الكمال ولذا عقبه على وجه التحقيق بقوله ولا شك ان دعوى المرتهن ان كان مثلا هكذا طالبه بألف وخمسمائة لى عليه على رهن له عندى فليس المقصود الا المال وذكر الرهن زيادة اذ لا يتوقف ثبوت دينه عليه بخلاف دين الثمن فى البيع وان كان هكذا طالبه باعادة رهن كذا وكذا كان رهنه عندى على كذا ثم غصبه أو سرقه مثلا فلا شك ان هذا دعوى العقد فاختلاف الشاهدين فى أنه رهنه بألف أو بألف وخمسمائة وان كان زيادة يوجب أن لا يقضى بشئ لان عقد الرهن يختلف به اه (قوله والاجارة كالبيع فى أول المدة) أى لا تثبت بالاختلاف سواء كان المدعى هو المؤجر أو المستأجر بأن ادعى الاجارة سنة بألف وخمسمائة فشهد أحدهما كذلك والآخر بألف لا تثبت الاجارة كالبيع كذا فى الفتح وهذه تقدمت فى الاجارة بقوله فان تنازعا قبل الزرع والحمل فسخها القاضى (قوله وكالدين بعدها والمدعى هو المؤجر) أى اذا سلمت العين المؤجرة الى المستأجر انتفع أو لا فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمؤجر يدعى الاكثر يقضى بألف وان شهد الآخر بألفين والمدعى يدعيهما لا يقضى بشئ عنده وعندهما بألف وان كان المدعى هو المستأجر فهو كدعوى العقد بالاتفاق لانه معترف بمال الاجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين ولا اختلافهما فيه ولا

فيثبت العقد لا الاختلاف كما في الفتح (قوله والنكاح يصح بالاقل الخ) كذا حكى الخلاف المذكور الزيلعي ثم قال وقيل هذا فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وأما اذا كان المدعي هو الزوج فمقصوده العقد لا المال بخلافها فلا تقبل بينته بالاجماع والاول هو الاصح وهو استحسان ويستوي فيه دعوى أقل المالين وأكثرهما في الصحيح اه وقال في البرهان والاصح أن الخلاف في الفصلين اه أي دعواه ودعواها (قوله مطلقا) اطلاق الصحة بالزام في دعوى الاقل والاكثر مخالف للرواية لما قال الكمال أجرى اطلاقه يعني صاحب الهداية في دعوى الاقل والاكثر فصحح الصحة سواء ادعى المدعي الاقل أو الاكثر وهذا مخالف للرواية فان محمدا رحمه الله تعالى في الجامع قيده بدعوى الاكثر حيث قال جازت الشهادة بألف وهي تدعي ألفا وخمسمائة والمفهوم معتبر رواية وبقوله ذلك ايضا يستفاد لزوم التفصيل في المدعي به بين كونه الاكثر فتصح عنده ٣٨٧ أو الاقل فلا يختلف في البطلان لتكذيب المدعي شاهد الاكثر كما عول عليه محققو المشايخ فان قول محمد وهي تدعي الخ يفيد تقييد جواب قول أبي حنيفة بالجواز بما اذا كانت هي المدعية للاكثر دونه فان الواو فيه للحال والاحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما دون ألف اه (قلت) الا أن الزيلعي رحمه الله تعالى أشار الى جواب هذا فقال ويستوي فيه دعوى أقل المالين وأكثرهما في الصحيح لاتفاقهما في الاصل وهو العقد والاختلاف في التبع لا يوجب خللا فيه لكنه لا بد من وجوب المال فيجب الاقل لاتفاقهما عليه ولا يكون بدعوى الاقل تكذيبا للشاهد لجواز أن الاقل هو المسمى ثم صار أكثر بالزيادة اه (قوله شهدا بألف وقال أحدهما قضى خمسمائة قبلت) قال الزيلعي فان قيل ينبغي أن لا تقبل لتكذيب المدعي شاهده كما اذا شهد له بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفا قلنا التكذيب فيما شهد به عليه لا يقدح كما اذا شهدا له بحق ثم شهدا عليه بحق لآخر فان شهادتهما لا تبطل وان كذبهما بخلافه فيما شهدا له به اه (قوله ولا يشهد عليه حتى يقر المدعي بما قبض) أي يجب عليه أن لا يشهد الخ كذا في التبيين (قوله شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع) هذا الخلاف فيما اذا لم يذكر المدعي لونها ولو عين لونها كحمراء فقال أحدهما سوداء لم يقطع اجماعا كما في الفتح وقال الزيلعي لا تقبل شهادتهما بالاجماع انتهى وهو أولى لافادته عدم القطع وعدم ثبوت المسروق اه وقيل هذا في لونين متشابهين كالسواد والحمرة وأما في لونين غير متشابهين كالسواد والبياض فلا تقبل الشهادة والاصح أن الكل على الخلاف ذكره الزيلعي (قوله والتوفيق ممكن) فان قيل في التوفيق احتيال لايجاب الحد وهو يحتال لدرئه لا لايجابه قلنا القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقله وما يوجب الدرء يكون في نفس الموجب لا في غيره كذا في التبيين

(والنكاح يصح بالاقل مطلقا) أي سواء كان الدعوى من الزوج أو المرأة والمدعي يدعي الاقل أو الاكثر وعندهما تبطل الشهادة ولا يقضى بشئ كما في البيع لان المقصود من الجانبين اثبات السبب والنكاح بألف غير النكاح بألف وخمسمائة وله ان المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر ومن حكم التابع أن لا يغير الاصل ألا يرى انه لا يبطل بنفيه ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف باختلافه اذا اتفقا على ما هو الاصل وهو الملك والحل فوجب القضاء به واذا وجب بقي المهر مالا منفردا فوجب القضاء بأقل المقدارين كما في المال المنفرد (شهدا بألف وقال أحدهما قضى خمسمائة قبلت بألف) لانهما اتفقا عليه (كما اذا شهدا بقرض ألف وقال أحدهما قضاه) أي ذلك القرض قبلت الشهادة على القرض لاتفاقهما عليه (ورد قوله قضى كذا) أي قضى خمسمائة في الاول وقضى القرض في الثاني لانه شهادة فرد (الا اذا شهد معه آخر) اذ حينئذ يوجد نصاب الشهادة (ولا يشهد من علم) أي القضاء في الصورتين (حتى يقر المدعي بما قبض) لئلا يكون اعانة على الظلم (شهدا بقتل زيد يوم كذا بمكة و) شهد (آخران بقتله فيه) أي في ذلك اليوم (بالكوفة ردتا) يعني ان أربعة رجال اجتمعوا عند قاض فشهد اثنان منهم بما ذكر أولا والآخران بما ذكرنا ثانيا ردت شهادتهما لان احدى الطائفتين كاذبة بيقين (فان قضى باحداهما ردت الاخرى) لرجحان الاولى بالسبق (شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها) بأن قال أحدهما كانت بيضاء والآخر كانت سوداء أو قال أحدهما كانت صفراء والآخر كانت حمراء (قطع) وقالا لا يقطع لانهما اختلفا في المشهود به فيمتنع به القبول كما اذا اختلفا في الذكورة والانوثة أو اختلفا في اللون في الغصب بل اولى لان الثابت في الغصب ضمان لا يسقط بالشبهات والثابت هنا حد يسقط بها وله انهما اختلفا فيما ليس من صلب الشهادة ولهذا لو سكتا عن ذكر اللون تقبل شهادتهما والتوفيق ممكن لان اللونين قد يجتمعان بأن يكون أحد شقيها أسود والآخر أبيض ويرى أحد الشاهدين أحد طرفيها والآخر الآخر (بخلاف الذكورة والانوثة) لانه لا يعرف الا بالقرب منه وعند القرب لا يقع الاشتباه

فلا يشتغل بالتوفيق (و) بخلاف (الغصب) لانه يقع في النهار غالبا فيتمكن
الشاهد من القرب من الغاصب فيتأمل في جميع ألوان المغصوب فلا يشتغل
بالتوفيق (ملك المورث لا يقضى لوارثه بلا جر الشاهدين) ويبين معنى الجر بقوله
(بقولهما مات وتركه ميراثا أو وذا ملكه أو في يده) اعلم انهم اختلفوا في أن الشهادة
بالميراث هل تحتاج الى الجر والنقل وهو أن يقول ما ذكر في المتن أولا قال أبو
حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا بد منه خلافا لابي يوسف وهو يقول ان ملك
المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به فصارت
الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ملك الوارث يتجدد في حق
العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان
صدقة على المورث الفقير والمتجدد يحتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال
مثبتا لكن يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال
حينئذ ضرورة وكذا الشهادة على قيام يده لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك
بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يسوي أسبابه ويبين
ما كان بيده من المغصوب والودائع فاذا لم يبين فالظاهر من حاله ان ما في يده
ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك (كذا) أي كالجر في افادة فائدته (قولهما)
أي الشاهدين (كان) أي ما يدعيه هذا الوارث (لابيه اعاره أو أودعه أو آجره ذا
اليد) يعني اذا مات رجل فأقام وارثه بينة على دار انها كانت لابيه اعارها أو
أودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له
بالاتفاق أما عند أبي يوسف فلانه لا يوجب الجر في الشهادة وأما عندهما فلان قيام
اليد عند الموت يغني عن الجر وقد وجدت لان يد المستعير والمودع يد المعير
والمودع (شهدا بيد حي منذ كذا ردت) يعني اذا كانت دار في يد رجل فادعى آخر
انها له وأقام بينة انها كانت في يده منذ شهر أو سنة لم تقبل وعن أبي يوسف أنها تقبل
لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ولو أقر المدعى عليه به دفعت الى المدعي
اتفاقا ولهما ان هذه شهادة قامت على مجهول وهو اليد فانها الآن منقطعة ويحتمل
انها كانت يد ملك أو وديعة أو اجارة أو غصب فلا يحكم باعادتها بالشك (الا ان يقولا)
أي الشاهدان (وانه) أي المدعى عليه (أخذت اليد منه فيقضى له) أي للمدعي
(باليد ويؤمر) أي المدعى عليه (بالتسليم اليه) أي المدعي (لكن لا يصير) أي
المدعى عليه (به) أي بزوال اليد عنه (مقضيا عليه حتى لو برهن) أي المدعى عليه
(بعده على انه ملكه تقبل) كذا في العمادية (وان أقر المدعى عليه به) أي بكونه
في يد المدعي (أو شهدا انه) أي المدعى عليه (أقر بيد المدعي) أي بانه كان في يده
(أو) أقر (بملكه أو) شهدا (انه) أي المدعى عليه (أخذه من يده) أي المدعي
(يدفع الى المدعي) كذا في الكافي

﴿باب الشهادة على الشهادة﴾

﴿باب الشهادة على الشهادة﴾

اعلم ان جوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان أداءها عبادة بدنية لزمت
الاصل لا حق للمشهود له لعدم الاجبار والانابة لا تجري في العبادات البدنية

لكنهم استحسنوا جوازها فى كل حق لا يسقط بشبهة لشدة الحاجة اليها لان الاصل قد يعجز عن أدائها لموته أو سفره ونحو ذلك فلو لم تجز لادى الى ضياع كثير من الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت أعنى الشهادة على شهادة الفروع ثم وثم لكن فيها شبهة البدلية لان البدل مالا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه كذلك ولهذا لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال (وتقبل فيما لا يسقط بشبهة بشرط تعذر حضور الاصل) أى اصل الشاهد على القضية (بموت أو مرض) أى يكون مريضا مرضا لا يستطيع به حضور مجلس الحاكم (أو سفر) أى يكون غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز بلا مرية وعن أبى يوسف انه ان كان فى مكان لو غدا الى أداء الشهادة لا يقدر أن يبيت بأهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول أحسن والثانى أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث (و) بشرط (شهادة عدد عن كل أصل) لقول على رضى الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين (وان لم يتغاير فرعاهما) يعنى لا يجب أن يكون لكل شاهد شاهدان متغايران بل يكفى شهادة شاهدين عن كل أصل ثم بين كيفية الشهادة على الشهادة بقوله (بان يقول الاصل) مخاطبا للفرع (اشهد على شهادتى انى أشهد بكذا) أى بأن فلان بن فلان الفلانى أقر عندى بكذا مثلا (و) يقول (الفرع أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته بكذا وقال) أى فلان (اشهد على شهادتى بذلك) اذ لا بد من شهادة الفرع وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والعبارة المذكورة تفى بذلك كله وهى وسطى العبارات ولها عند الاداء لفظ أطول من هذا وهو أن يقول الفرع عند القاضى اشهد أن فلانا شهد عندى ان لفلان على فلان كذا من المال واشهدنى على شهادته فأمرنى ان شهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور أولا خمس شينات واقصر منه وهو أن يقول الفرع عند القاضى اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولا يحتاج الى زيادة شئ وهو اختيار الفقيه ابى الليث واستاذه ابى جعفر كذا فى العناية (صح تعديل الفرع للاصل) لانه ان كان عدلا صلح للتزكية والا لم يصلح للشهادة لا يقال هو متهم لان شهادة نفسه لا تصح الا بتعديله لانا نقول العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم فى شهادة نفسه مع احتمال انه انما يشهد ليصير مقبول القول (كاحد) أى كما يصح تعديل احد (الشاهدين للآخر) لما ذكرنا انه ان كان

(قوله لكن فيها شبهة البدلية) يخالفه قول الزيلعى ان فيها حقيقة البدلية اذ قال وتقبل الشهادة على الشهادة فيما لا يسقط بالشبهة احترازا عن الحدود والقصاص لانهما يسقطان بالشبهة وفيها شبهة على ما ذكرنا فلا يثبتان بها كما لا يثبتان بشهادة النساء لما فيها من شبهة البدلية بل أولى لان فى الشهادة على الشهادة حقيقة البدلية اهـ ومثله فى الكافى ثم قال الزيلعى ولا يقال لو كان الفرع بدلا لما جاز أن يشهد مع أحد الاثنين اذ لا يجوز الجمع بين البدل والمبدل لانا نقول لم يجمع بينهما لان الفرعين ليسا بدلا عن الذى شهد معهما بل عن الذى لم يحضر انتهى (قوله والثانى أرفق) وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى قال الكمال وفى الذخيرة كثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية وبه أخذ الفقيه أبو الليث وذكر محمد فى السير الكبير وعن محمد تجوز الشهادة كيف ما كان حتى روى انه اذا كان الاصل فى زاوية المسجد فشهد الفرع فى زاوية أخرى تقبل وقال الامام السرخسى وغيره يجب ان يجوز على قولهما خلافا لابى يوسف رحمه الله تعالى بناء على جواز التوكيل بالخصومة عندهما بلا رضا الخصم وعنده لا الا برضاه والاقطع صرح به عنهما فقال وقال ابو يوسف ومحمد تقبل وان كانوا فى المصر اهـ (قوله وبشرط شهادة عدد على كل اصل) المراد بالعدد رجلان او رجل وامرأتان على شهادة الاصل ولو كان امراة كما فى الفتح (قوله ويقول الفرع اشهد الخ) مشى المصنف على ما قاله صاحب الهداية اذ هو الوسط وخير الامور أوساطها وان حكى اختيار غيره اهـ وقال الكمال بعد حكاية اختيار الفقيه الآتى ذكره كلام صاحب الهداية يقتضى ترجيح كلام القدورى المشتمل على خمس شينات حيث حكاه وذكر ان ثم اطول منه واقصر ثم قال وخير الامور اوساطها وذكر ابو نصر البغدادى شارح القدورى ان ما ذكره صاحب الكتاب يعنى القدورى اولى واحوط (قوله واقصر منه الخ) من الاول ست شينات وأربع شينات وثلاث شينات كما فى التبيين كما فى الفتح (وهو اختيار الفقيه واستاذه أبى جعفر) زاد الزيلعى شمس الائمة السرخسى رحمهم الله تعالى وهو أسهل وأيسر واقصر وروى ان أبا جعفر كان يخالفه فيه علماء عصره فأخرج لهم الرواية من السير فانقادوا له اهـ (قوله كاحد) أى كما يصح تعديل أحد الشاهدين للآخر قال الزيلعى وقيل لا يقبل تعديل صاحبه للتهمة والاول أصح لان العدل لا يتهم بمثله اهـ

فلا يشتغل بالتوفيق (و) بخلاف (الغصب) لانه يقع في النهار غالبا فيتمكن
الشاهد من القرب من الغاصب فيتأمل في جميع ألوان المغصوب فلا يشتغل
بالتوفيق (ملك المورث لا يقضى لوارثه بلا جر الشاهدين) وبين معنى الجر بقوله
(بقولهما مات وتركه ميراثا أو ذا ملكه أو في يده) اعلم انهم اختلفوا في أن الشهادة
بالميراث هل تحتاج الى الجر والنقل وهو أن يقول ماذكر في المتن أولا قال أبو
حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لابد منه خلافا لابي يوسف وهو يقول ان ملك
المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به فصارت
الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ملك الوارث يتجدد في حق
العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان
صدقة على المورث الفقير والمتجدد يحتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال
مثبتا لكن يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال
حينئذ ضرورة وكذا الشهادة على قيام يده لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك
بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يسوي أسبابه ويبين
ما كان بيده من المغصوب والودائع فاذا لم يبين فالظاهر من حاله ان ما في يده
ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك (كذا) أي كالجر في افادة فائدته (قولهما)
أي الشاهدين (كان) أي ما يدعيه هذا الوارث (لابيه اعاره أو أودعه أو آجره ذا
اليد) يعني اذا مات رجل فأقام وارثه بينة على دار انها كانت لابيه اعارها أو
أودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له
بالاتفاق أما عند أبي يوسف فلانه لا يوجب الجر في الشهادة وأما عندهما فلان قيام
اليد عند الموت يغني عن الجر وقد وجدت لان يد المستعير والمودع يد المعير
والمودع (شهدا بيد حي منذ كذا ردت) يعني اذا كانت دار في يد رجل فادعى آخر
انها له وأقام بينة انها كانت في يده منذ شهر أو سنة لم تقبل وعن أبي يوسف أنها تقبل
لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ولو أقر المدعى عليه به دفعت الى المدعي
اتفاقا ولهما ان هذه شهادة قامت على مجهول وهو اليد فانها الآن منقطعة ويحتمل
انها كانت يد ملك أو وديعة أو اجارة أو غصب فلا يحكم باعادتها بالشك (الا أن يقولا)
أي الشاهدان (وانه) أي المدعى عليه (أخذت اليد منه فيقضى له) أي للمدعي
(باليد ويؤمر) أي المدعى عليه (بالتسليم اليه) أي المدعي (لكن لا يصير) أي
المدعى عليه (به) أي بزوال اليد عنه (مقضيا عليه حتى لو برهن) أي المدعى عليه
(بعده على أنه ملكه تقبل) كذا في العمادية (وان أقر المدعى عليه به) أي بكونه
في يد المدعي (أو شهدا أنه) أي المدعى عليه (أقر بيد المدعي) أي بأنه كان في يده
(أو) أقر (بملكه أو) شهدا (انه) أي المدعى عليه (أخذه من يده) أي المدعي
(دفع الى المدعي) كذا في الكافي

{باب الشهادة على الشهادة}

{باب الشهادة على الشهادة}

اعلم ان جوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان اداءها عبادة بدنية لزمت
الاصل لا حق للمشهود له لعدم الاجبار والانابة لا تجري في العبادات البدنية

لكنهم استحسنوا جوازها فى كل حق لا يسقط بشبهة لشدة الحاجة اليها لان الاصل قد يعجز عن أدائها لموته أو سفره ونحو ذلك فلو لم تجز لادى الى ضياع كثير من الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت أعنى الشهادة على شهادة الفروع ثم وثم لكن فيها شبهة البدلية لان البدل ما لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه كذلك ولهذا لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال (وتقبل فيما لا يسقط بشبهة بشرط تعذر حضور الاصل) أى اصل الشاهد على القضية (بموت أو مرض) أي يكون مريضا مرضا لا يستطيع به حضور مجلس الحاكم (أو سفر) أى يكون غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز بلا مرية وعن أبي يوسف انه ان كان فى مكان لو غدا الى أداء الشهادة لا يقدر أن يبيت بأهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول أحسن والثانى أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث (و) بشرط (شهادة عدد عن كل أصل) لقول على رضى الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين (وان لم يتغاير فرعاهما) يعنى لا يجب أن يكون لكل شاهد شاهدان متغايران بل يكفى شهادة شاهدين عن كل أصل ثم بين كيفية الشهادة على الشهادة بقوله (بان يقول الاصل) مخاطبا للفرع (اشهد على شهادتى انى أشهد بكذا) أى بأن فلان بن فلان الفلانى أقر عندى بكذا مثلا (و) يقول (الفرع اشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته بكذا وقال) أى فلان (اشهد على شهادتى بذلك) اذ لا بد من شهادة الفرع وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والعبارة المذكورة تفى بذلك كله وهى وسطى العبارات ولها عند الاداء لفظ أطول من هذا وهو ان يقول الفرع عند القاضى اشهد ان فلانا شهد عندى ان لفلان على فلان كذا من المال واشهدنى على شهادته فأمرنى ان شهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور أولا خمس شينات واقصر منه وهو ان يقول الفرع عند القاضى اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولا يحتاج الى زيادة شئ وهو اختيار الفقيه ابى الليث واستاذه ابى جعفر كذا فى العناية (صح تعديل الفرع للاصل) لانه ان كان عدلا صلح للتزكية والا لم يصلح للشهادة لا يقال هو متهم لان شهادته نفسه لا تصح الا بتعديله لانا نقول العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم فى شهادة نفسه مع احتمال انه انما يشهد ليصير مقبول القول (كاحد) أى كما يصح تعديل احد (الشاهدين للآخر) لما ذكرنا انه ان كان

(قوله لكن فيها شبهة البدلية) يخالفه قول الزيلعى ان فيها حقيقة البدلية اذ قال وتقبل الشهادة على الشهادة فيما لا يسقط بالشبهة احترازا عن الحدود والقصاص لانهما يسقطان بالشبهة وفيها شبهة على ما ذكرنا فلا يثبتان بها كما لا يثبتان بشهادة النساء لما فيها من شبهة البدلية بل أولى لان فى الشهادة على الشهادة حقيقة البدلية اهـ ومثله فى الكافى ثم قال الزيلعى ولا يقال لو كان الفرع بدلا لما جاز أن يشهد امع أحد الاثنين اذ لا يجوز الجمع بين البدل والمبدل لانا نقول لم يجمع بينهما لان الفرعين ليسا بدلا عن الذى شهد معهما بل عن الذى لم يحضر انتهى (قوله والثانى أرفق) وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى قال الكمال وفى الذخيرة كثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية وبه أخذ الفقيه أبو الليث وذكر محمد فى السير الكبير عن محمد تجوز الشهادة كيف ما كان حتى روى انه اذا كان الاصل فى زاوية المسجد فشهد الفرع فى زاوية أخرى تقبل وقال الامام السرخسى وغيره يجب ان يجوز على قولهما خلافا لابى يوسف رحمه الله تعالى بناء على جواز التوكيل بالخصومة عندهما بلا رضا الخصم وعنده لا الا برضاه والا فقطع صرح به عنهما اذ قال وقال ابو يوسف ومحمد تقبل وان كانوا فى المصر اهـ (قوله وبشرط شهادة عدد على كل اصل) المراد بالعدد رجلان او رجل وامرأتان على شهادة الاصل ولو كان امرأة كما فى الفتح (قوله ويقول الفرع اشهد الخ) مشى المصنف على ما قاله صاحب الهداية اذ هو الوسط وخير الامور أوساطها وان حكى اختيار غيره اهـ وقال الكمال بعد حكاية اختيار الفقيه الآتى ذكره كلام صاحب الهداية يقتضى ترجيح كلام القدورى المشتمل على خمس شينات حيث حكاه وذكر ان ثم أطول منه وأقصر ثم قال وخير الامور أوساطها وذكر أبو نصر البغدادى شارح القدورى ان ما ذكره صاحب الكتاب يعنى القدورى اولى واحوط (قوله واقصر منه الخ) من الاول ست شينات وأربع شينات كما فى التبيين وثلاث شينات كما فى الفتح (وهو اختيار الفقيه واستاذه أبى جعفر) زاد الزيلعى شمس الائمة السرخسى رحمهم الله تعالى وهو أسهل وأيسر واقصر وروى ان أبا جعفر كان يخالفه فيه علماء عصره فأخرج لهم الرواية من السير فانقادوا له اهـ (قوله كاحد) أى كما يصح تعديل أحد الشاهدين للآخر قال الزيلعى وقيل لا يقبل تعديل صاحبه للتهمة والاول أصح لان العدل لا يتهم بمثله اهـ

(قوله وان سكت مع نقلها وعدلوا) هذا قول أبي يوسف وقال محمد لا تقبل هكذا ذكر الخلاف الناطفي وصاحب الهداية وذكر شمس الائمة فيما اذا قال الفروع حين سألهم عن عدالة الاصول لا نخبرك بشئ لم تقبل شهادتهم أي الفروع في ظاهر الرواية وروى عن محمد انه لا يكون جرحا وعن أبي يوسف مثل هذه الرواية عن محمد انها تقبل ويسأل غيرهما ولو قالا لا نعرف عدالتهما ولا عدمها فكذا الجواب فيما ذكر أبو علي السغدي وذكر الحلواني أنها تقبل ويسئل عن الاصول وهو الصحيح لان الاصل بقي مستورا فيسئل عنه اه (قوله قال الزيلعي الخ) قال الفاضل المرحوم جوى زاده أقول لم يرد الزيلعي تفسير لفظ الشهادة بالاشهاد بل أراد أن مدار بطلان شهادة الفرع على انكار الاصل الاشهاد حتى بطل ولو قال لي شهادة على هذه الحادثة لكن لم أشهد والمذكور في المتن تصوير المسئلة في صورة من صورتي انكار الاشهاد وهي صورة انكار الشهادة رأسا اذ لا شك في فوات الاشهاد في هذه الصورة أيضا وانه ليس المراد بما في المتن حصر البطلان بصورة انكار الشهادة ولم يخف عليه أن التحميل لا يثبت أيضا مع انكار أصل الشهادة وانما يكون خافيا عليه لو توهم عدم بطلان شهادة الفرع حينئذ وحاشاه عن ذلك واذ قد عرفت أن البطلان يعم صورة انكار الشهادة رأسا وصورة الاقرار بها وانكار الاشهاد تحققت أن كون التركيب أبلغ في الانكار غير مراد اه ما قاله الفاضل وصورة انكار الشهادة ما قاله في الجوهرة وان أنكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة الفروع بأن قالوا ليس لنا شهادة في هذه الحادثة وغابوا أو ماتوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم في هذه الحادثة أو قالوا لم نشهد الفروع على شهادتنا فان شهادة الفروع لم تقبل لان التحميل لم يثبت وهو شرط اه (قوله وأنكرت المرأة أن تكون هي المنسوبة بتلك النسبة) كذا قاله الزيلعي اه والامر اي لا يختص بانكارها بل لو أقرت ينبغي أن يكون الحكم كذلك بل العبرة لمعرفة الشهود اياها حتى اذا لم يعرفاها يكلف المدعي اثبات انها هي لاحتمال التواطؤ (قوله حتى ينسباها الى فخذها) ذكر المصنف رحمه الله تعالى بيان الفخذ في باب الوصية وذكر الزيلعي والكمال بيان الفخذ والشعب والعمارة والفصيلة ثم قال الكمال والاوجه في شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء غير انهم اختلفوا

عدلا الى آخره (وان سكت) أي الفرع عن تعديل الاصل (مع نقلها) أي نقل شهادة الاصل وان كان مستورا كذا في المحيط (وعدلوا) أي يتعرف القاضي الذي يسمع شهادة الفروع عدالة الاصول ممن هو أهل للتزكية كما اذا حضروا وشهدوا فان ثبت عدالتهم حكم والا فلا (أنكر الاصل شهادته بطل شهادة الفرع) قال في الكافي معنى المسئلة انهم قالوا ما لنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة اما مع حضرتهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم ينكروا وهذا لان التحميل شرط وقد فات للتعارض بين الخبرين يعني خبر الاصل وخبر الفرع وقال الزيلعي معناه اذا قال شهود الاصل لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع لان الاصول يحتمل أن يكونوا صادقين فلا يثبت التحميل مع الاحتمال أقول قد وقعت العبارة في الهداية وشروحها وسائر المعتبرات هكذا وان أنكر شهود الاصل الشهادة موافقة لما في الكافي ولا يخفى على أحد مغايرة الاشهاد للشهادة فكيف يصح تفسيرها به ولعل منشأ غلطه قولهم لان التحميل لم يثبت للتعارض فان معنى التحميل هو الاشهاد وخفي عليه ان التحميل لا يثبت أيضا اذا أنكر أصل الشهادة بل هذا أبلغ من انكار الاشهاد لانه كناية وهي أبلغ من الصريح (شهدا عن اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرانا بمعرفتها وجاء المدعي بامرأة لم يعرفا أنها هي قيل) أي للمدعي (هات شاهدين انها هي) لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي ان تلك النسبة للحاضرة ويحتمل أن تكون لغيرها فلا بد من اثباتها للحاضرة فهذا من قبيل ما مر من شهادة قاصرة يتمها غيرهم (كذا الكتاب الحكمي) يعني ان القاضي اذا كتب الى قاض آخر ان فلانا وفلانا شهدا عندي بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية وأحضر المدعي امرأة عند القاضي المكتوب اليه وانكرت المرأة أن تكون هي المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان انها هي المنسوبة بتلك النسبة (ولو قالا) أي الشاهدان (فيهما) أي في المسئلتين المذكورتين لبيان النسبة (التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها) لتكون النسبة القبيلة الخاصة (أو جدها) اذ لا بد من التعريف وهو لا يحصل بالنسبة العامة والنسبة الى بني تميم عامة اذ لا يحصى عددهم بخلاف النسبة الى الفخذ لانها خاصة حتى ان ذكره يقوم مقام ذكر الجد لانه اسم الجد الاعلى فقام مقام الجد الادنى (أشهد) أي الاصل (على شهادته ثم نهاه) أي الفرع (عنها)

فى القلب مع الاسم فلهما واحدا أولا اه (قوله كافران شهدا على شهادة مسلمين الخ) لعل وجه عدم القبول لما فيه من ثبوت ولاية الكافر على المسلم اه ولم يعلله قاضيخان (قوله قال فى الكافى اعلم أن شاهد الزور يعزر اجماعا) ليس على اطلاقه لما قال الكمال اعلم أنه قد قيل ان المسئلة على ثلاثة أوجه ان رجع على سبيل الاصرار مثل أن يقول نعم شهدت فى هذه بالزور ولا ارجع عن مثل ذلك فانه يعزر بالضرب بالاتفاق وان رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقا وان كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور وقيل لا خلاف بينهم بجواب أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى التائب لان المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر بداعى الله تعالى وجوابهما فيمن لم يتب ولا يخالف فيه أبو حنيفة رضى الله عنه اه ٣٩١ وفى البرهان يرجع فى ظهور توبة شاهد

أى عن الشهادة على شهادته (لم يصح) أى نهيه (كافران شهدا على شهادة مسلمين لكافر على كافر لم تقبل كذا شهادتهما على القضاء لكافر على كافر وتقبل شهادة رجل على شهادة أبيه وعلى قضاء أبيه فى الصحيح) هذه المسائل الاربع من الخانية (من ظهر انه شهد زورا) بأن أقر على نفسه انه شهد زورا أو شهد بقتل رجل أو موته فجاء حيا أو شهد برؤية الهلال فمضى ثلاثون يوما وليس بالسماء علة ولم ير الهلال ونحو ذلك (عزر بالتشهير) قال فى الكافى اعلم ان شاهد الزور يعزر اجماعا اتصل القضاء بشهادته أولا لانه ارتكب كبيرة اتصل ضررها بالمسلمين وليس فيها حد مقدر فيعزر زجرا له وتنكيلا الا انهم اختلفوا فى كيفيته فقال أبو حنيفة تعزيره تشهيره فقط وقالا يضرب ويحبس وهو قول الشافعى لانه روى عن عمر رضى الله تعالى عنه انه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه وله ان شريحا كان يشهره ولا يضربه فيبعثه الى سوقه ان كان سوقيا أو الى قومه ان كان غير سوقى بعد العصر أجمع ما كانوا ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وشريح كان قاضيا فى زمن الصحابة ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه أحد منهم فحل محل الاجماع

﴿باب الرجوع عنها﴾

(هو أن يقول كنت مبطلا فيها) أى الشهادة (ونحوه) كان يقول رجعت عما شهدت به أو شهدت بزور فيما شهدت (فلا يكون انكارها رجوعا) لان الرجوع عنها يقتضى سبق وجودها (لا يصح) أى الرجوع عنها (الا عند القاضى) سواء كان هو الاول أو غيره لان الرجوع عنها توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان وشهادة الزور جناية فى مجلس الحكم فالتوبة عنها تتقيد به واذا لم يصح الرجوع فى غير مجلس القاضى فاذا ادعى المشهود عليه رجوعهما وأقام عليه بينة أو عجز عنها وأراد تحليف الشاهد لم يقبل القاضى بينة عليهما ولا يحلفهما لان البينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع فى غير مجلس القاضى باطلة حتى لو أقام البينة انه رجع عند القاضى فلان وضمنه المال

الزور الى رأى القاضى فى الصحيح اذ قبولها وردها اليه فيكون تعرف حاله فى التوبة اليه وعند بعض المشايخ يقدر بعام وعند آخرين بنصف عام لان بمضى الزمان يتغير حال الانسان (قوله وسخم وجهه) بالخاء المعجمة يقال سخم وجهه اذا سوده من السخام وهو سواد القدور وقد جاء بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود وفى المغنى ولا يسخم وجهه بالخاء والحاء كما فى الفتح (قوله وله ان شريحا الخ) بقى من تمام عبارة الكافى فكان هذا منه احتجاجا باجماع الصحابة لا تقليدا لشريح لانه لا يرى تقليد التابعى انتهى

﴿باب الرجوع عن الشهادة﴾

(قوله لا يصح الرجوع الا عند القاضى سواء كان هو الاول أو غيره لان الرجوع عنها توبة الخ) كذا جعل غير المصنف هذا وجها لصحة الرجوع باعتبار كون التوبة بحسب الجناية وجنايته فى مجلس القاضى فتختص التوبة بمحله ولما ان كانت الملازمة غير لازمة بينوا له ملازمة شرعية بحديث معاذ رضى الله عنه حين بعثه النبى صلى الله عليه وسلم الى اليمن فقال أوصنى فقال عليك بتقوى الله ما استطعت الى أن قال اذا عملت سوءا فاحدث توبة السر بالسر

والعلانية بالعلانية اه كما فى الفتح ثم قال الكمال وأنت تعلم أن العلانية لا تتوقف على الاعلام على محل الذنب بخصوصه مع أن ذلك لا يمكن بل فى مثله مما فيه علانية وهو اذا أظهر للناس الرجوع وأشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضى بالبينة عليه كيف لا يكون معلنا والله أعلم (قوله حتى لو أقام البينة انه رجع عند قاضى فلان وضمنه المال قبلت بينته) قيد اطلاق متنه بهذا القيد وهو تضمين القاضى من رجع عنده المال كما أشار اليه صاحب الهداية وبه صرح فى الفتاوى الصغرى حيث قال ولو شهد عند قاض ورجع عند قاض آخر يصح ويجب الضمان عليه لكن اذا قضى عليه هذا القاضى بالضمان كما لو رجع عند الذى شهد عنده انما يجب عليه الضمان اذا قضى عليه القاضى بالضمان فى شرح خواهرزاده فكان أستاذنا فخر الدين يتبعه توقف صحة الرجوع على القضاء

بالرجوع أو بالضمان وقال الكمال نقل ما أشار اليه في الهداية عن شيخ الاسلام واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع او بالضمان وترك بعض المتأخرين من مصنفي الفتاوى هذا القيد وذكر أنه انما تركه تعويلا على هذا الاستبعاد اهـ وفي كلام المصنف اشارة الى عدم قبول دعوى الرجوع مطلقا عن المجلس وبه صرح في الصغرى عن المبسوط (قوله وانما قال وقبض المال لان القاضي اذا قضى ولم يقبض المدعي ما ادعاه لا يجب الضمان لعدم الاتلاف) كذا قاله في الكنز وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وقال شيخ الاسلام ان كان المشهود به دينا فكذلك وان كان عينا يجب على الشهود الضمان وان لم يقبض المشهود له كذا في التبيين والفتح ثم قال الكمال قال البزازي رحمه الله تعالى في فتاواه والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعي المال أولا وكذا العقار يضمن بعد الرجوع اذا اتصل القضاء بالشهادة اهـ (قوله وحكمه قبله) أي قبل القضاء التعزير فقط يعني لا التضمين وقال الكمال قالوا يعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده ولا يخلو عن نظر لان الرجوع ظاهر في أنه توبة عن تعمد الزور ان تعمده أو التهور والعجلة ان كان أخطأ فيه ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر اهـ وقدمنا عنه ما قاله من التفصيل وهو أولى من هذا (قوله وما بقي) وهو خمسة الاسداس في الاولى والنصف في الثانية عليهن على القولين المراد بقوله في الاولى أي على قول أبي حنيفة وبالنصف في الثانية أي على قولهما والمراد عليهن على القولين أن ما بقي فهو عليهن موزعا على القولين أي قول أبي حنيفة وقولهما فعلى قول أبي حنيفة عليهن خمسة اسداس كأنهن خمسة رجال وعلى قولهما عليهن نصف لما ذكر المصنف من التعليل لهما ولا يخفى ما في هذا التركيب على الماهر اللبيب (قوله وان رجعن فقط فالنصف وفاقا) كذا عكسه ذكره الزيلعي ثم قال وفي فظاهر المحيط ان الرجل رجع وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق ولا شئ على النسوة لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد وقد بقي من النساء من يثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل الراجعات كأنهن لم يشهدن وهذا سهو بل يجب أن يكون النصف اخماسا عنده وعندهما انصافا وذكر الاسبيجابي انه لو رجع رجل وامرأة كان النصف بينهما اثلاثا ولو كان كما قال لما وجب على المرأة شئ اهـ (قلت) الذي ظهر لي من كلامه أن ما ذكره صاحب المحيط على قول الصاحبين ولذا علل بما لم يعلل به الامام بل بما علل به اذ ما علل به الامام كما ذكره ان كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد ثم قال وعدم الاعتداد بكثرتهن عند انفرادهن لا يلزم منه

قبلت بينته لصحة السبب (وحكمه بعد القضاء وقبض المال التعزير والتضمين) أما التعزير فلما مر وأما التضمين أي تضمين ما اتلفاه بشهادتهما فلاقرارهما على نفسهما بسبب الضمان وهو الشهادة الباطلة والتناقض لا يمنع حكم اقراره على نفسه وانما قال وقبض المال لان القاضي اذا قضى ولم يقبض المدعي ما ادعاه لا يجب الضمان لعدم الاتلاف (ولم ينتقض) أي القضاء لانه كما لا يتحقق بالكلام المتناقض لا ينتقض بالكلام المتناقض (و) حكمه (قبله) أي قبل القضاء (التعزير) فقط وقد مر (العبرة) في حق الضمان (للباقي لا الراجع) هذا هو الاصل وقد فرع عليه بقوله (فان رجع أحدهما ضمن النصف) اذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة فببقاء أحدهما على الشهادة تبقى الحجة في النصف فيجب على الراجع ضمان ما لم تبق الحجة فيه وهو النصف ويجوز أن لا يثبت الحكم ابتداء ببعض العلة ثم يبقى ببقاء بعض العلة كابتداء الحول لا ينعقد على بعض النصاب ويبقى منعقدا ببقاء بعض النصاب (وان رجع أحد الثلاثة لم يضمن) أي الراجع اذ بقي من يبقى بشهادته كل الحق (وان رجع آخر ضمنا) أي الراجعان (النصف) اذ بقي على الشهادة من يبقى به نصف المال (وان رجعت امرأة من رجل وامرأتين ضمنت الربع) اذ بقي على الشهادة من يبقى به ثلاثة الارباع (وان رجعتا ضمنتا النصف) لبقاء من يبقى به النصف (وان رجعت ثمان من رجل وعشرة نسوة فلا ضمان) لبقاء من يبقى بشهادته كل المال وهو رجل وامرأتان (فان رجعت أخرى ضمنت التسع الربع) لبقاء من يبقى به ثلاثة أرباع الحق) اذ النصف يبقى بالرجل والربع بالباقية (وان رجع الكل) أي الرجل والنساء (فعليه السدس عنده والنصف عندهما وما بقي) وهو خمسة الاسداس في الاولى والنصف في الثانية (عليهن على القولين) لهما أن النساء وان كثرن في الشهادة لم يقمن الا مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل وكان الثابت بشهادته نصف المال وبشهادتهن نصفه وله أن كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد فعشر نسوة كخمسة من الرجال فصار كما لو شهد به ستة رجال ثم رجعوا فان الضمان عليهم يكون أسداسا (وان رجعن) أي النسوة العشر (فقط) وبقي رجل (فالنصف وفاقا) أما عندهما

عدم الاعتداد بكثرتهن عند الاجتماع مع الرجال كما في الميراث اه وليس في كلام الصاحبين ما يفيد انه مع قيامهن مقام رجل يقسم عليهن ما ثبت بشهادتهن في حق من رجع منهن فيغرمن بقدره وقد بقي منهن من يثبت به نصف الحق لما ذكره الزيلعي بعد هذا بقوله ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجعوا فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وعنده عليه الخمسان وعليهن ثلاثة الاخماس على الاصل الذي تقدم ولو رجع الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما ولا يجب على المرأة شئ وعنده عليه وعلى الراجعة أثلاثا على ما تقدم اه ومثله في الفتح اه على انا لو سلمنا الانقسام عليهن عند الرجوع فالذي يظهر من تعليل قولهما ان الانقسام عليهن بحسب عددهن فعليهن اربعة اخماس النصف ٣٩٣ وعلى الرجل نصف كامل ويبقى خمس نصف المال ببقاء المرأتين والجواب عما ذكره عن الاسبيجابي انه مشى على قول الامام لا على قولهما فليتأمل (قوله وضمن رجلان شهدا مع امرأة فرجعوا) الفرق بين هذه وبين المسئلة التي ذكرناها عن الزيلعي والكمال وهي لو شهد رجل وثلاث نسوة فرجعوا ضمنوا أن الحكم لم يضف الى المرأة هنا لعدم اعتبارها منفردة مع الرجلين بخلافها مع امرأتين ورجل لاضافته الى جمعهن (قوله الاصل ان المشهود به ان لم يكن مالا بأن كان قصاصا) ذكره الزيلعي وسيأتي أن القصاص اذا شهدا به ثم رجعا يجب عليهما الدية فيجب تأويل قوله بأن كان قصاصا بالعفو عن القصاص يعني انهما اذا شهدا بالعفو عن القصاص فرجعا لا يضمنان لان القصاص ليس بمال (قوله الا ما زاد على مهر مثلها) يعني فيما اذا كانت هي المدعية كما يشير اليه كلامه وتفريع هذه المسئلة في التبيين والفتح والكافي (قوله ولا يضمن في البيع الا ما نقص من قيمة المبيع الخ) كذا قاله الكمال ثم قال هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهدا به وبنقد الثمن الخ ثم رجعا فاما ان ينظماهما في شهادة واحدة بان يشهدا انه باعه هذا بالف وأوفاه الثمن أو في شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بأن المشتري

أوفاه الثمن ففي الاول يقضي عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن وفي الثاني يقضي عليهما بالثمن للبائع وذكر الفرق ولا فرق بين ان تكون الشهادة ببيع بات أو بخيار للبائع ولو أن المشهود عليه بالشراء أخذه في المدة سقط الضمان عنهما لانه اتلف ماله باختيار كما لو اجازه البائع في شهادتهما باخذياره بثمن ناقص عن القيمة (قوله ولا في الطلاق قبل الوطء الا نصف مهرها) هذا اذا سمى مهرا في العقد فان لم يكن ضمنا المتعة وما ذكر من الخلاف في هذه لا يعول عليه كما في الفتح

ونظاهر لان الثابت بشهادتهن نصف المال وكذا عنده اذ بقي من يبقى به نصف المال فصار كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة (وضمن رجلان شهدا مع امرأة فرجعوا) اى الكل لان المرأة الواحدة ليست بشاهدة اذ المرأتان كشاهد واحد فكانت الواحدة بعض الشاهد فكان القضاء مستندا الى شهادة رجلين بلا امرأة (ولا يضمن راجع في النكاح بمهر مسمى مطلقا) اى سواء شهدا عليه او عليها والاصل أن المشهود به ان لم يكن مالا بان كان قصاصا أو نكاحا أو نحوهما لم يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي وان كان مالا فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان على الشاهد لان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان بعوض لا يعادله فبقدر العوض لا ضمان بل فيما وراءه وان كان الاتلاف بلا عوض اصلا وجب ضمان الكل اذا تقرر هذا فنقول اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي جاحدة واقام عليه بينة يقضي بالنكاح ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمنا لها شيأ سواء كان المسمى مهر مثلها او اقل او اكثر لانهما وان اتلفا عليها البضع بعوض لا يعدله ولكن البضع لا يتقوم على المتلف وانما يتقوم على المتملك ضرورة التملك فان ضمان الاتلاف يقدر بالمثل ولا مماثلة بين البضع والمال وأما عند دخوله في ملك الزوج فقد صار متقوما اظهارا لخطره (الا ما زاد على مهر مثلها) يعني ان كان مهر مثلها مثل المسمى أو اكثر لم يضمنا شيأ لانهما أوجبا المهر عليه بعوض يعدله او يزيد عليه وهو البضع لانه عند الدخول في ملك الزوج متقوم وقد بينا ان الاتلاف بعوض يعدله لا يوجب الضمان وان كان مهر مثلها أقل من المسمى ضمنا الزيادة للزوج لانهما اتلفا عليه قدر الزيادة بلا عوض (ولا) يضمن أيضا (راجع في البيع الا ما نقص من قيمة المبيع ان ادعى المشتري) بان يقول اشتريت هذا العبد من هذا الرجل بالف وهو يساوي الفين فانكر المدعى عليه فشهد شاهدان ثم رجعا يضمنان الفا للبائع لانهما اتلفاه عليه (ولا) يضمن أيضا (راجع في البيع الا ما زاد على القيمة من الثمن ان ادعى البائع) بان يقول ان المشتري اشترى مني هذا العبد بكذا وعليه الثمن وانكر المشتري فشهد شاهدان انه اشترى العبد بالفين وهو يساوي الفا ثم رجعا يضمنان للمشتري ألفا لانهما اتلفاه عليه (ولا) يضمن (في الطلاق قبل الوطء الا نصف مهرها) يعني اذا شهدا بالطلاق قبل الوطء ثم رجعا

يضمنان نصف المهر بخلاف ما اذا شهدا بالطلاق بعد الدخول لان المهر تأكد بالدخول فلا اتلاف (وضمن في العتق القيمة) يعني اذا شهدا على عتق عبد ثم رجع ضمن قيمة العبد (و) ضمن (في القصاص الدية) يعني اذا شهدا ان زيدا قتل بكرا فاقتص زيد ثم رجعا تجب الدية عندنا لا القصاص لانه جزاء مباشرة القتل ولم يوجد منهما ذلك وعند الشافعي يقتص (و) ضمن (الفرع برجوعه) لان الحكم اضيف الى اداء شهادته في مجلس القضاء فكان التلف مضافا اليه فيضمن (لا بقوله بعد الحكم كذب شهود الاصل أو غلطوا في شهادتهم) لانهم لم يرجعوا عن شهادتهم بل شهدوا على غيرهم بالرجوع ولا يلتفت الى قولهم لان القضاء الممضى لا ينتقض بقولهم كما لا ينتقض برجوعهم كذا في الكافي (ولا الاصل بقوله ما أشهدته) يعني ان الاصول اذا رجعوا بعد الحكم وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا اذ لم يوجد من جهتهم سبب موجب للضمان لانكارهم سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهم ولا يبطل القضاء للتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء لانهم انكروا التحميل ولا بد منه (او) بقوله (أشهدته وغلطت) يعني اذا قال الاصول اشهدناهم ولكنا غلطنا فانهم لا يضمنون عند أبي حنيفة وابي يوسف لان القضاء لم يقع بشهادتهم بل وقع بشهادة الفروع وعند محمد ضمنوا لان الفروع نقلوا شهادة الاصول فكانهم حضروا وشهدوا ثم حضروا ورجعوا (ولو رجع الكل) أي الاصول والفروع (ضمن الفروع فقط) عندهما لان سبب الاتلاف الشهادة القائمة في مجلس القضاء وذا وجد من الفروع وعند محمد المشهود عليه مخير بين تضمين الفروع وتضمين الاصول لان القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضي عاين شهادتهم ووقع بشهادة الاصول من حيث ان الفروع نائبون عنهم نقلوا شهادتهم بامرهم (و) ضمن (المزكي بالرجوع) يعني ان المزكي ان رجع عن التزكية ضمن عند أبي حنيفة لان الحكم انما يضاف الى الشهادة والشهادة انما تصير حجة بالعدالة وهي انما تثبت بالتزكية فصارت في معنى علة العلة كالرمي فانه سبب لمضي السهم في الهواء وهو سبب الوصول الى المرمي اليه وهو سبب الجرح وهو سبب ترادف الالم وهو سبب الموت ثم اضيف الموت الى الرمي الذي هو العلة الاولى حتى تجب عليه احكام القتل من القصاص والدية والكفارة وعندهما لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كما لو اثنوا على المشهود عليه بان شهدوا باحصانه (لا شاهد الاحصان) يعني لو شهدوا بالاحصان ثم رجعوا لم يضمنوا لانه شرط محض (كما ضمن به) أي بالرجوع (شاهدا

(قوله بخلاف ما اذا شهدا بالطلاق بعد الدخول الخ) كذا ذكر الكمال انه لا يجب ضمان لعدم تقوم البضع حالة الخروج ثم قال وفي التحفة لم يضمنا الا ما زاد على مهر المثل لان بقدر مهر المثل اتلافا بعوض وهو منافع البضع التي استوفاها اه (قوله وضمن في العتق القيمة) سواء كانا موسرين أو معسرين لانه ضمان اتلاف والولاء للمولى ولو شهدا بالتدبير وقضى به ضمنا ما بين قيمته مدبرا وغير مدبر وان مات المولى بعد رجوعهما فعتق من ثلث تركته كان عليهما بقية قيمته عبدا للورثة ولو شهدا بالكتابة ضمنا تمام القيمة ولو شهدا على اقراره باستيلادها ضمنا نقصان قيمتها تقوم أمة وأم ولد لو جاز بيع امهات الاولاد فيضمنان ما بين ذلك فان مات المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمتها أمة للورثة كما في الفتح (قوله يعني اذا شهدا على عتق عبد ثم رجع ضمن قيمة العبد) لعله ثم رجعا ضمنا قيمة العبد (قوله كما ضمن به أي بالرجوع شاهدا اليمين لا الشرط الخ) كذا في الكافي ثم قال ولو رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند البعض لان الشرط اذا سلم عن معارضة العلة صلح علة لان العلل لم تجعل عللا بذواتها فاستقام ان يخلفها الشرط والصحيح ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات والى هذا مال شمس الائمة السرخسي والى الاول فخر الاسلام البزدوي ولو شهدا بالتفويض وآخران بانها طلقت أو اعتق فالتفويض كالشرط انتهى وقال في البرهان أو رجع شهود الشرط فقط نفينا الضمان عنهم في الاصح نص عليه في الزيادات واليه مال شمس الائمة السرخسي وأوجبه زفر عليهم واليه مال فخر الاسلام قال في المبسوط ظن بعض مشايخنا انهما يضمنان في هذا الفصل وقالوا ان العلة لا تصلح لاضافة الحكم اليها هنا فانها ليست تتعدى فيكون الحكم مضافا الى الشرط على ان الشرط يجعل خلفا عن العلة هنا باعتبار ان الحكم يضاف اليه وجودا عنده وشبه هذا بحفر البئر قالوا وهو غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال وهذا لان قوله أنت حر مباشرة لاتلاف المالية وعند ورود مباشرة الاتلاف يضاف الحكم اليه دون الشرط سواء كان بطريق التعدي أو لا يكون بطريق التعدي بخلاف مسئلة الحفر

اليمين لا الشرط) يعنى لو شهد شاهدان باليمين وقالا انه قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر أو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وهى غير مدخول بها وشهد آخران بوجود الشرط أى دخول الدار ورجع الفريقان بعد الحكم فالضمان على شهود اليمين لا وجود الشرط وهو قيمة العبد ونصف المهر لانهم شهود العلة اذ التلف انما حصل بالاعتاق والتطليق وهم الذين اثبتوا تلك الكلمة والتعليق بالشرط كان مانعا فعند وجود الشرط اضيف التلف الى علته لاز وال المانع

﴿ كتاب الصلح ﴾

أورده ههنا لانه انما يصار اليه اذا لم يكن من المدعى عليه اقرار ولا للمدعى شاهد فالمناسب ان يورد بعد الاقرار والشهادة (هو) لغة اسم بمعنى المصالحة وهى خلاف المخاصمة واصله من الصلاح بمعنى استقامة الحال وشرعا (عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب والقبول) بان يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا أو من دعواك كذا على كذا ويقول الآخر قبلت أو رضيت أو ما يدل على رضاه وقبوله (وشرطه العقل) وهو شرط فى جميع التصرفات الشرعية فلا يصح صلح المجنون وصبى لا يعقل (لا البلوغ فصح من الصبى المأذون ان نفع أو عرى عن ضرر بين) يعنى اذا ادعى الصبى المأذون على انسان دينا فصالحه على بعض حقه فان لم يكن له عليه بينة جاز الصلح اذ عند انعدامها لا حق له الا الخصومة والحلف والمال انفع له منهما وان كانت لم تجز لان الحط تبرع وهو لا يملكه وان اخر الدين جاز سواء كان له بينة أو لا لانه من أعمال التجارة والصبى المأذون فى التجارات كالبالغ (ولا الحرية) يعنى ان حرية المصالح ليست بشرط ايضا (فصح) اى الصلح (من العبد المأذون) اذا كانت له فيه منفعة لكنه لا يملك الصلح على حط بعض الحق اذا كان له عليه بينة ويملك التأجيل مطلقا وحط بعض الثمن للعيب لما ذكر ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جاز لما ذكر فى الصبى المأذون (و) من (المكاتب) فانه نظير العبد المأذون فى جميع ما ذكر لانه عبد ما بقى عليه درهم فان عجز المكاتب فادعى رجل عليه دينا فاصطلحا على أن يأخذ بعضه ويؤخر بعضه فان لم يكن له عليه بينة لم يجز لانه لما عجز صار محجورا فلا يصح صلحه (وشرطه) ايضا (ان يكون المصالح عنه حقا للمصالح ثابتا فى المحل لا حقا لله تعالى) ففرع على قوله ان يكون المصالح عنه حقا للمصالح بقوله (فلو ادعت مطلقة على زوجها ان صبيا فى يده ابنها منه وجحد فصالحت من النسب على شئ بطل) لان النسب حق الصبى لا حقها فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها وفرع على قوله ثابتا فى المحل بقوله (ولو صالح الكفيل بالنفس على مال على ان يبرئه من الكفالة بطل) لان الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وانها صفة الوالى فلا يجوز الصلح عنها بخلاف الصلح عن القصاص لان المحل هناك يصير مملوكا فى حق الاستيفاء فكان الحق ثابتا فى المحل فيملك الاعتياض عنه بالصلح (كذا الصلح من الشفعة) يعنى اذا صالح الشفيع من الشفعة التى وجبت له على شئ على ان يسلم الدار للمشترى فالصلح باطل

فالعلة هناك ثقل الماشى وذلك ليس من مباشرة الاتلاف فى شئ فلهذا يجعل الاتلاف مضافا الى الشرط وهو ازالة المسكة بحفر البئر فى الطريق اه

﴿ كتاب الصلح ﴾

(قوله لانه انما يصار اليه اذا لم يكن من المدعى عليه اقرار ولا للمدعى شاهد) غير مسلم لما سيأتى أنه يصح مع الاقرار ولا شك أن الاقرار أقوى من الشهادة فيصار اليه ولو مع الاقرار والشهادة (قوله وركنه الايجاب والقبول) قال صاحب العناية عن النهاية ركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين واما اذا وقع الدعوى فى الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعى ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ولا يتم الا بالقبول (قوله ولو صالح الكفيل بالنفس الخ) كذا حكى الزيلعى خلافا فى سقوط الكفالة وفى الفتاوى الصغرى الكفالة بالنفس اذا لم يجز الصلح عنها هل تبطل الكفالة فيه روايتان فى رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة ورواية صلح ابى حفص تبطل وبه يفتى وفى صلح رواية ابى سليمان لا تبطل اه (قوله كذا الصلح من الشفعة) تقدم فى الشفعة وتبطل به الشفعة رواية واحدة كما فى الصغرى

اذلاحق للشفيع في المحل سوى حق التملك وهوليس بامر ثابت في المحل بل هو عبارة عن الولاية كما مر وفرع على قوله لاحقا لله بقوله (ولو صالح عن حد بطل) يعني لا يجوز أن يكون المصالح عنه حق الله سواء كان مالا عينا أو دينا أو حقا ليس بمال حتى لا يصح الصلح عن حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بان اخذ زانيا او سارقا من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال على ان لا يرفعه الى ولي الامر لانه حق الله ولا يجوز الصلح عن حقوقه تعالى لان المصالح بالصلح يتصرف في حق نفسه اما باستيفاء كل حقه أو استيفاء بعضه واسقاط الباقي أو بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز في غير حقه وكذا اذا صالح عن حد القذف بان قذف رجلا فصالحه على مال على ان يعفو عنه لانه وان كان للعبد فيه حق فالغالب حق الله تعالى والمغلوب ملحق بالمعدوم شرعا (بخلاف التعزير) حيث يصح الصلح عنه لانه حق العبد (والقصاص) في النفس ومادونها لانه أيضا حق العبد (و) شرطه أيضا (كون البدل مالا) الاصل في هذا الفصل ان الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه وأشبهها روما لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال بمال كان في معنى البيع فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم وصيد الاحرام والحرم ونحو ذلك لان في الصلح معنى المعاوضة فما لا يصلح للعوض في البيع لا يصلح عوضا في الصلح (معلوما ان احتيج الى قبضه) والا لم يشترط معلوميته فان من ادعى حقا في دار وادعى المدعى عليه قبله حقا في حانوته فتصالحا على ان يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل منهما مقدار حقه لان جهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة كذا في الكافي (أو منفعة) بان صالح على خدمة عبد بعينه سنة أو ركوب دابة بعينها أو زراعة أرض أو سكنى دار وقتا معلوما جاز الصلح ويكون في معنى الاجارة لانها تمليك المنفعة بعوض وقد وجد (وحكمه وقوع البراءة عن الدعوى) اما مر انه عقد يرفع النزاع (وهو) أي الصلح (اما باقرار) من المدعى عليه (أو سكوت) عنه بان لا يقر ولا ينكر (أو انكار) وكل ذلك جائز لقوله تعالى والصلح خير عرفه بالالف واللام فالظاهر العموم (الاول) أي الصلح باقرار (كبيع في احكامه (لو) وقع (عن مال بمال) لان حقيقة البيع مبادلة مال بمال كما مر (فيجري فيه) أي في هذا الصلح (احكامه) أي احكام البيع وهي الشفعة والرد بعيب وخيار الرؤية وخيار الشرط والفساد بجهالة البدل لانها هي المفضية الى

(قوله حتى لا يصح الصلح عن حد الزنا) كذا قال قاضيخان زنا رجل بامرأة رجل فعلم الزوج وأراد أحدهما الصلح فصالحاهما أو احدهما على معلوم على ان يعفو عنهما كان باطلا وعفوه باطل سواء كان قبل الدفع أو بعده والرجل اذا قذف امرأته المحصنة حتى وجب اللعان ثم صالحها على مال على ان لا تطالب اللعان كان باطلا وعفوها بعد الرفع باطل وقبل الرفع جائز (قوله وشرب الخمر الخ) شامل لما لو كان الصلح مع الامام قال قاضيخان الامام والقاضي اذا صالح شارب الخمر على ان يأخذ منه مالا ويعفو عنه لا يصح الصلح ويرد المال على شارب الخمر سواء كان ذلك قبل الرفع أو بعده اه (قوله بان أخذ زانيا أو سارقا من غيره) لا يختص عدم الصلح بالسرقة من غيره على ما قال قاضيخان لو صالح رب المال سارقه على مال بعد ما رفع الى القاضي ان كان بلفظ العفو لا يصح العفو بالاتفاق وان كان بلفظ الهبة والبراءة عندنا سقط القطع اه (قوله وكذا اذا صالح عن حد القذف) أي بطل الصلح وسقط الحد ان كان قبل أن يرفع الى القاضي وان كان بعده لا يبطل الحد كما في قاضيخان (قوله بخلاف التعزير والقصاص) كذا الجناية على النفس ومادونها خطأ كما سيأتي (قوله فلا يصح الصلح على الخمر) كذا في صحيح النسخ وفي غيرها عبر بعن وذا لانه علل بقوله لان في الصلح معنى المعاوضة فما لا يصلح للعوض في البيع لا يصلح عوضا في الصلح ثم هذا تقييد لاطلاق المتن وهو قوله وكون البدل مالا فقيد بكون المال صالحا للعوض لان الخمر مال لكنه غير صالح لعدم تقومه (قوله أو انكار) قال في القنية صالح الوصي عن ألف بخمسمائة عن انكار ولا بينة له ثم وجد بينة عادلة فله ان يقيمها على الالف وكذا اليتيم بعد بلوغه واختلف في صحة الصلح بعد الحلف وجه عدم الصحة ان اليمين بدل عن المدعى فاذا حلفه فقد استوفى البدل فلا يصح اه (قوله وكل ذلك جائز لقوله تعالى والصلح خير عرفه بالالف واللام فالظاهر العموم) يشير الى أن الالف واللام للجنس وليس راجعا الى الصلح المذكور بقوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير لما قالوا معناه جنس الصلح خير ولا يعود الى الصلح المذكور لانه خرج مخرج المنازعة التعليل والعلة لا تتقيد بمحل الحكم فيعلم بهذا ان جميع انواعه حسن كما في التبيين

المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط والساقط لا يفضي اليها (وان استحق المدعى او بعضه رجع المدعى عليه) على المدعى (بالبدل) في الصورة الاولى (او بعضه) في الثانية يعني اذا ادعى زيد على بكر دارا او بعضها او صالح بكر في الاول على ألف وفي الثاني على خمسمائة فاستحقت الدار كلها او بعضها رجع بكر على زيد في الاول بالالف وفي الثاني بخمسمائة (وان استحق البدل او بعضه رجع المدعى) وهو زيد (على المدعى عليه) وهو بكر (بالمدعى) وهو الدار او بعضها لان كلا منهما عوض عن الآخر فايهما أخذ منه بالاستحقاق رجع بما دفع ان كلا فبالكل وان بعضا فبالبعض كما هو حكم المعاوضة (وكاجارة) عطف على قوله كبيع (لو) وقع الصلح (عن مال بمنفعة) لان العبرة للمعاني والاجارة تمليك المنفعة بعوض وهذا الصلح كذلك (فشرط التوقيت فيه وبطل بموت أحدهما في المدة) كما هو حكم الاجارة وقد مر (والاخيران) أي الصلح بسكوت وانكار (معاوضة في حق المدعى) لانه يأخذه عوضا عن حقه في زعمه (وفداء يمين وقطع نزاع في حق الآخر) اذ لولاه لبقي النزاع ولزم اليمين وهذا في الانكار ظاهر وأما في السكوت فانه يحتمل الاقرار والانكار فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك مع ان حمله على الانكار اولى لان فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الاصل (فلا شفعة في صلح عن دار مع احدهما) يعني اذا ادعى رجل على آخر داره فسكت الآخر او انكر فصالح عنها بدفع شئ لم تجب الشفعة لانه يزعم انه يستبقي الدار المملوكة له على نفسه بهذا الصلح و يدفع خصومة المدعى عن نفسه لانه يشتريها وزعم المدعى لا يلزمه (وتجب) اي الشفعة (لو) وقع (الصلح عليها) أي على الدار بان تكون بدلا (باحدهما) اي الانكار او السكوت لان المدعى يأخذها عوضا عن حقه في زعمه فيعامل بزعمه والاقرار ههنا مثلهما (وان استحق المدعى او بعضه) في صورة الصلح بسكوت أو انكار (يرد المدعى البدل) أي بدل المدعى او بعضه (ويخاصم مع المستحق) لان المدعى عليه لم يدفع العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه ويبقى المدعى في يده بلا خصومة أحد فاذا استحق لم يحصل له مقصوده و يظهر ايضا ان المدعى لم يكن له خصومة فيرجع عليه (وان استحق البدل او بعضه رجع الى الدعوى في كله) ان استحق كل العوض (او بعضه) ان استحق بعضه لان المدعى لم يترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له البدل رجع بالبدل (هلاك البدل قبل التسليم) الى المدعى (كاستحقاقه في الفصلين) اي فصل الاقرار وفصل

(قوله وان استحق المدعى او بعضه رجع المدعى عليه بالبدل او بعضه الخ) لا يخفى ما في تصوير المصنف المسئلة من اتحاد الحكم في الرجوع بكل البدل في الصورتين مع اختلاف الاستحقاق فالتصوير ينبغي ان يكون هكذا ادعى دارا او بعضها معينا على آخر فصالحه على الف فاستحق المدعى بعضه رجع بكل البدل أو بعضه فبقدره من البدل (قوله فايهما أخذ منه بالاستحقاق رجع بما دفع) الذي ينبغي أن يقال رجع بما ادعى لانه لم يوجد منه دفع بل دعوى (قوله وكاجارة لو وقع عن مال بمنفعة فشرط التوقيت فيه) قال الزيلعي وانما يشترط التوقيت في الاجير الخاص بان ادعى شيأ فوقع الصلح على خدمة العبد او سكنى سنة وفيما عداه لا يشترط التوقيت كما اذا صالحه على صبغ الثوب او ركوب الدابة او حمل الطعام الى موضع اهـ (قوله وبطل بموت أحدهما في المدة) كذا في الكنز وقال الزيلعي لو فات أحدهما او محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح فيرجع بالمدعى ولو كان بعد استيفاء بعض المنفعة بطل فيما بقي و يرجع بالمدعى بقدره وهذا كله قول محمد رحمه الله وهو القياس لانه اجارة وهي تبطل بذلك وقال أبو يوسف لا يبطل الصلح بموت المدعى عليه بل المدعى يستوفي المنافع على حاله وان مات المدعى فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه فيهما ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب والتوجيه وتمام المسئلة فيه فليراجع (قوله وهذا في الانكار ظاهر وأما في السكوت الخ) لا يخفى ايهام عدم الظهور في السكوت وقال الزيلعي وهذا في الانكار ظاهر لانه تبين بالانكار ان ما يعطيه لقطع الخصومة وفداء اليمين وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والانكار وجهة الانكار راجحة اذ الاصل فراغ الذمم فلا يجب عليه بالشك ولا يثبت به كون ما في يده عوضا عما وقع بالشك (قوله فلا شفعة في صلح عن دار مع احدهما) قال في البدائع لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلي بحجته فان كان للمدعى بينة أقامها الشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة لان باقامة البينة تبين أن الصلح كان في معنى البيع وكذا ان لم يكن له بينة فحلف المدعى عليه فنكل اهـ كذا بخط العلامة علي المقدسي رحمه الله تعالى (قوله وان استحق البدل أو بعضه رجع الى الدعوى) هذا اذا لم يقع الصلح بلفظ البيع لما قال الزيلعي بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع بأن قال أحدهما بعتك هذا الشئ بهذا وقال الآخر اشتريت حيث يرجع المدعى عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى لان اقدامه على المبايعة اقرار بالملكية بخلاف الصلح لعدم ما يدل عليه اذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة

السكوت والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعى وان كان عن انكار رجع بالدعوى (صالح على بعض ما يدعيه لم يصح) يعنى اذا ادعى رجل على آخر دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح وهو على دعواه فى الباقى لان الصلح اذا كان على بعض المدعى كان استيفاء لبعض الحق واسقاطا للبعض والاسقاط لا يرد على العين بل هو مخصوص بالدين حتى اذا مات واحد وترك ميراثا فبرئ بعض الورثة عن نصيبه لم يجز لكونه براءة عن الاعيان (الا بزيادة شئ فى البدل أو الابراء عن دعوى الباقى) هذا ما قالوا من الحيلة فى جواز الصلح على بعض المدعى وهو ان يزيد على بدل الصلح درهما مثلا ليكون مستوفيا بعض حقه واخذ العوض عن البعض أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى لان الابراء عن دعوى العين جائز (صح) أى الصلح (عن دعوى المال) لانه فى معنى البيع فما جاز بيعه جاز صلحه (و) عن دعوى (المنفعة) كان يدعى فى دار سكنى سنة وصية من صاحبها فجحد الوارث أو أقر فصالحه على مال أو منفعة جاز لان أخذ العوض عنها بالاجارة جائز فكذا الصلح لكن انما يجوز الصلح عن المنفعة على المنفعة اذا كانتا مختلفتى الجنس بان يصالح عن السكنى على خدمة العبد مثلا وأما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى مثلا فلا يجوز وقد مر فى كتاب الاجارة (و) عن دعوى (الرق) أى اذا ادعى على مجهول الحال انه عبده فصالحه المدعى عليه على مال جاز (وكان عتقا بمال مطلقا) أى فى حق المدعى والمدعى عليه حتى يثبت الولاء (لو) وقع الصلح (باقرار) من المدعى عليه (والا) أى وان لم يكن باقرار (فقطع نزاع فى زعم المدعى عليه وعتق بمال فى زعم المدعى) حتى لا يثبت الولاء الا ان يقيم المدعى البينة فتقبل ويثبت الولاء (و) عن دعوى (الزوج النكاح وكان خلعا) يعنى صح الصلح اذا كان الرجل هو المدعى والمرأة تنكر لامكان اعتبار الصحة فيه بان يجعل فى حقه فى معنى الخلع لان أخذ المال عن ترك البضع خلع والصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه كما مر وفى حقها الافتداء اليمين وقطع الخصومة (لا عن دعواها النكاح) أى لا يجوز الصلح اذا كان المدعى المرأة بان تدعى نكاحا على رجل فبذلها على شئ وانما لم يجز لانه بذل لها لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج فى الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم تجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح فى زعمها فلم يكن ثمة شئ يقابله العوض فكان رشوة وقيل يجوز لانه يجعل كأنه زاد فى مهرها ثم خالعها على أصل المهر لا الزيادة فيسقط الاصل لا الزيادة (و) لا عن (دعوى حد) لما عرفت ان الصلح لا يجرى فى حق الله تعالى (و) دعوى (نسب) لان الصلح اما اسقاط أو معاوضة والنسب لا يحتملهما (ولا اذا قتل مأذون رجلا عمدا وصالح عن نفسه) لان نفسه ليست من كسبه فلا يجوز له التصرف فيها ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لولى القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه اذا صالحه فقد عفا عنه بعد فصح العفو ولم يجب البدل فى حق المولى بل تأخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن

(قوله فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك على المدعى وان كان عن انكار رجع بالدعوى) يشير الى أن هلاك بعضه يبطل بقدره وقال الزيلعى وهذا اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين وان كان مما لا يتعين كالدراهم والدنانير لا يبطل بهلاكه لانهما لا يتعينان فى العقود والفسوخ فلا يتعلق بهما العقد عند الاشارة اليهما وانما يتعلق بمثلهما فى الذمة فلا يتصور فيه الهلاك (قوله صالح على بعض ما يدعيه الخ) كذا فى البرهان وكتب عليه الشيخ على المقدسى رحمه الله تعالى اعلم ان هذا الجواب على غير ظاهر الرواية ومثله فى الهداية وظاهر الرواية أنه يجوز من غير ان يذكر براءته عن دعوى الباقى أو يزيد درهما اليه أشير فى المحيط والذخيرة ومشى عليه فى الاختيار اه (قوله صح عن دعوى المال لانه فى معنى البيع) يعنى فى الجملة لان كونه بمعنى البيع فى حقهما فيما اذا وقع عنه بمال عن اقرار وان وقع عن انكار أو سكوت فهو فى معنى البيع فى حق المدعى فقط وان وقع عنه بمنافع فهو فى معنى الاجارة وكل ذلك جائز (قوله وعن دعوى المنفعة كان يدعى فى دار سكنى سنة وصية) يعنى أو ادعى الوصية بخدمة هذا العبد لما قال فى الجوهرة صورة دعوى المنافع ان يدعى على الورثة أن الميت أوصى له بخدمة هذا العبد وأنكر الورثة لان الرواية محفوظة على أنه لو ادعى استئجار عين والمالك ينكر ثم تصالحا لم يجز كذا فى المستصفى (قوله وعن دعوى الزوج النكاح) لو أسقط لفظ الزوج لكان أولى وهذا فيما اذا لم تكن ذات زوج لانه لو كان لها زوج لم يثبت نكاح المدعى فلا يصح الخلع (قوله لا عن دعواها النكاح) قال فى الاختيار وهو الاصح واختاره فى الوقاية وصحح الصحة فى درر البحار كذا بخط العلامة المقدسى رحمه الله تعالى (قوله وقيل يجوز الخ) كذا فى بعض نسخ القدورى والاول فى بعض آخر منها

نفسه صحيح لكونه مكاتبا ولم يصح في حق المولى فصار كأنه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له ان يقتله فكذا هذا كذا في العناية (وصح) اى الصلح يعني صلح المولى (عن نفس عبد له فعل ذلك) اى القتل عمدا لان عبده من كسبه فيجوز التصرف فيه واستخلاصه (و) صح (صلح المكاتب عن نفسه) لانه كالحر لخروجه عن يد المولى وهذا ان ادى احد رقبته فانه يكون خصما فيه واذا جنى عليه كان الارش له واذا قتل لا يكون قيمته للمولى بل لورثته حتى يؤدى بها كتابته ويحكم بحريته في آخر حياته ويكون الفضل لهم فصار كالحر فيجوز صلحه عن نفسه ولا كذلك العبد المأذون ذكره الزيلعي (و) صح (الصلح عن مغصوب تلف باكثر من قيمته او عرض) يعني ان من غصب ثوبا او عبدا قيمته الف واستهلكه فصالحه على الفين او عرض جاز وعندهما لا يجوز اذا كان بغبن فاحش لان حقه في القيمة فالزائد عليها ربا وله ان حقه في الهالك باق ما لم يحكم القاضي بالضمان حتى اذا ترك التضمين بقي العبد الهالك على ملكه حتى يكون الكفن عليه فاعتياضه باكثر من قيمته لا يكون ربا اذ الزائد على المالية يكون في مقابلة الصورة الباقية حكما لا القيمة حتى لو قضى القاضي بالقيمة ثم تصالحا على الاكثر لم يجز لان الحق قد انتقل بالقضاء الى القيمة وكذا الصلح بعرض صح وان كان قيمته اكثر من قيمة مغصوب تالف لعدم الربا (و) صح (في العمد باكثر من الدية والارش وفي الخطأ لا) لان الدية في الخطأ مقدرة والزيادة عليها تكون ربا فيبطل الفضل والواجب في العمد هو القصاص وهو ليس بمال فلا يتحقق فيه الربا فلا يبطل الفضل هذا اذا صالح على احد مقادير الدية فان صالح على غيرها صح لانه مبادلة به لكن يشترط القبض في المجلس ليخرج عن ان يكون دينا بدين كذا في الكافي (كما في موسر اعتق نصفا له وصالح عن باقيه باكثر من نصف قيمته) يعني عبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالح عن باقيه باكثر من نصف قيمته بطل الفضل اتفاقا لان القيمة في العتق منصوص عليها كما عرف بابه وتقدير الشرع ليس ادنى من تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه (ولو صالح عن باقيه (بعرض صح مطلقا) اى وان كان قيمته اكثر من قيمة نصف العبد لان الفضل لا يظهر عند اختلاف الجنس (وكل بالصلح عن دم عمد او على بعض دين يدعيه) من المكيلات او الموزونات (لزم بدله الموكل) دون الوكيل لانه اسقاط محض فكان الوكيل سفيرا محضا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح (الا ان يضمنه) اى الوكيل البدل فانه حينئذ يكون مؤاخذا بالضمان لا بالصلح (وفيما هو كبيع) وهو اذا كان الصلح عن مال بمال (لزم وكيله) لان الحقوق حينئذ ترجع الى الوكيل هذا اذا كان الصلح عن اقرار واما اذا كان عن انكار فلا يجب البدل على الوكيل كذا في الكفاية (صالح فضولي وضمن البدل او اضاف الى ماله) بان قال على الفي هذا (او اشار الى نقد او عرض بلا نسبة الى نفسه) بان قال على هذا الالف او على هذا العبد (او اطلق) بان قال على الف (ونقد) اى سلم (صح) اى الصلح في هذه الصور (وصار) اى المصالح (متبرعا هنا) اى في الصورة

(قوله وصح اى الصلح يعني صلح المولى عن نفس عبد له) المراد بالمولى العبد المأذون والضمير في له راجع للمولى الذي هو المأذون فكان الاولى للمصنف رحمه الله تعالى ان يذكر بدل المولى المأذون (قوله وهذا اذا ادى احد رقبته) صوابه ولهذا لانه تعليل لا تقييد وهي عبارة الزيلعي (قوله وعندهما لا يجوز اذا كان بغبن فاحش) يعني اذا كان الصلح على غير عرض اذ الصلح على عرض لا خلاف فيه مطلقا كما سنذكر (قوله وكذا الصلح بعرض صح وان كانت قيمته اكثر) هذا بالاتفاق وان كان سياقه في جانب الامام فيه ايهام الخلاف فدفعه بالتعليل بعدم الربا ونص على الاتفاق الزيلعي وغيره (قوله وفي الخطأ لا) اى لا تصح الزيادة والصلح صحيح كما اشار اليه بقوله فيبطل الفضل (قوله باكثر من نصف قيمته) يعني بما لا يتغابن فيه

الرابعة لانه فعله بلا اذن المدعى عليه (وان لم ينقد) اى لم يسلم الفضولى البدل (وقف) اى صار الصلح موقوفا على الاجازة (فان اجازه المدعى عليه صح) اى الصلح (ولزمه البدل والا) اى وان لم يجزه (رد) اى الصلح هذه صور خمس لان الفضولى اما ان يضمن المال اولا فان لم يضمن فاما ان يضيف العقد الى ماله اولا فان لم يضفه فاما ان يشير الى نقد او عرض اولا فان لم يشر فاما ان يسلم العوض اولا فالصلح جائز فى الوجوه كلها الا الوجه الاخير وهو ما اذا لم يضمن البدل ولم يضفه الى ماله ولم يشر اليه ولم يسلمه الى المدعى حيث لا يحكم بجوازه بل يكون موقوفا على الاجازة اذ لم يسلم للمدعى عوض فلم يسقط حقه مجانا لعدم رضاه به فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه المشروط لالتزامه باختياره وان رده بطل بخلاف سائر الوجوه فانها جائزة اما الاول فلان الحاصل للمدعى عليه البراءة وفى حقها الاجنبى والمدعى عليه سواء ويجوز ان يكون الفضولى اصيلا اذا ضمن كالفضولى بالخلع اذا ضمن البدل واما الثانى فلانه اذا اضافه الى نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح واما الثالث فلانه اذا عينه للتسليم فقد شرط له سلامة العوض فصار العقد تاما بقبوله ولو استحق هذا العبد ووجد به عيبا فرده او وجده حرا او مدبرا او مكاتبا فلا سبيل له على المصالح ولكن يرجع فى دعواه لان المصالح لم يضمن واما الرابع فلان دلالة التسليم على رضا المدعى فوق دلالة الضمان والاضافة الى نفسه على رضاه واما الخامس لما لم يكن كباقى الوجوه لم يفد صحة الصلح (الصلح على جنس ماله عليه) اى اذا كان بدل الصلح من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه بعقد مداينة جرت بينهما فالصلح (اخذ لبعض حقه وحط لباقيه) لان تصرف العاقل البالغ يصحح ما امكن ولا يمكن تصحيحه معاوضة لما فيه من الربا (فصح) اى الصلح (عن الف على خمسمائة و) عن (الف جياد على خمسمائة زيوف) فيجعل حطا للبعض فى المسئلة الاولى وللبعض والصفة فى الثانية لان عين هذه الخمسمائة كانت مستحقة بذلك العقد الذى الدين به (و) عن (الف حال على) الف (مؤجل) اذ لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بالدراهم نسيئة لا يجوز فلا بد من حمله على تأخير فيه معنى الاسقاط (و) عن (عشرة دراهم وعشرة دنانير على خمسة دراهم) حالة او مؤجلة اذ يعتبر حطا للدنانير كلها وبعض الدراهم وتأجيلا للبعض لا معاوضة لان معنى الاسقاط لازم فى الصلح فاذا امكن ان يجعل حطا واسقاطا لم يعتبر معاوضة (لا عن دراهم على دنانير مؤجلة) لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على تأخير حقه فيحمل على المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز (و) لا (عن الف مؤجل على نصفه حالا) لان المعجل غير مستحق بعقد المداينة اذ المستحق به هو المؤجل والمعجل خير منه فقد وقع الصلح على ما لم يكن مستحقا بعقد المداينة فصار معاوضة والاجل كان حق المديون وقد تركه بازاء ما حط عنه من الدين فكان اعتياضا عن الاجل وهو حرام الا يرى ان ربا النسيئة حرم لشبهة مبادلة المال بالاجل فلان تحرم حقيقته اولى (و) لا (عن الف سود على نصفه بيضا) لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة لان من له السود لا يستحق البيض فقد صالح على

(قوله الصلح على جنس ماله عليه الخ) عدل به عن عبارة الكنز وغيره التى هى الصلح عما استحق لان الزيلعى قال هذا سهو لانه اذا صالح عن الدين لا يكون جميع صوره اسقاطا لبعض حقه واسقاطا للباقى وانما يكون كذلك ان لو وقع الصلح عن الدين على بعض الدين الا يرى انه لو وقع عن الدين بجنس آخر يحمل على المعاوضة والصواب ان يقال الصلح على ما استحق بعقد المداينة الخ فانه يكون اصلا جيدا لا يرد عليه نقض وهكذا ذكر القدورى رحمه الله تعالى والجواب عن الكنز بان قوله اخذ لبعض حقه لا يكون الا وبدل الصلح من جنس حقه فاخذ باره باخذ مخصوص ببعض حقه مبين له بانه جزء منه فتؤدى عبارته الصلح عما استحق به عقد المداينة بجزء منه اخذا ببعض حقه الخ فلا عموم ولا سهو ولا اعتراض (قوله بعقد مداينة) صور المتن به وهو اعم منه لشموله ما عليه بغصب حلا لحال المسلم على الصلاح وكان الاولى بيان ما يحتمله المتن من المداينة والغصب (قوله وعن الف جياد على خمسمائة زيوف) شامل لما اذا كان بدل الصلح مؤجلا او حالا فانه يصح كما ذكره بخلاف ما اذا كان له الف زيوف وصالحه على خمسمائة جياد حيث لا يجوز لعدم استحقاق الجياد فيكون معاوضة ضرورة كما فى التبيين (قوله ولا عن الف مؤجل على نصفه حالا الخ) هذا فى غير صلح المولى مكاتبه عن الف مؤجلة على نصفها حالا حيث يجوز لان معنى الارفاق بينهما اظهر من معنى المعاوضة

مالا يستحق بعقد المداينة فكان معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف الجودة فكان ربا (و) لا عن (دين عليه على جنس غيره بغير عينه) لان الصلح على غير جنس الحق لا يكون الا معاوضة وجهالة البدل تبطلها (صالح عن كرحنطة على عشرة دراهم فان قبض) اى العشرة (فى المجلس جاز) اى الصلح لما عرفت ان الصلح فى صورة اختلاف الجنس فى معنى البيع فيجب قبض احد العوضين فى المجلس (والا فلا) اى وان لم يقبض العشرة فلا يصح الصلح لانه حينئذ يكون بيع الدين بالدين وهو باطل (وان قبض خمسة وبقى خمسة فتفرقا صح فى النصف فقط) لوجود المصحح فى ذلك القدر (كذا العكس) يعنى لو صالح عن عشرة عليه على كيلى او موزون فان قبض فى المجلس جاز والا فلا لما عرفت (قال ادفع لى خمسمائة غدا على انك برىء من الباقى فان دفع غدا برئ والا فلا) اى وان لم يدفع لم يبرأ عند ابى حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف يبرأ لان الابراء حصل مطلقا فتثبت البراءة مطلقا كما لو بدأ بالابراء كما سيأتى ولهما انه ابراء مقيد بالشرط والمقيد به يفوت عند فواته وذلك لانه بدأ باداء خمسمائة فى الغد وانه يصلح غرضا حذرا فلاسه او توسلا الى تجارة اربح فيصلح ان يكون شرطا بحسب المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكنها قد تكون بمعنى الشرط كما فى قوله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيأ وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فحمل على الشرط تصحيحا للتصرف وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكر والثانى ما ذكره بقوله (ولو قال صالحتك) اى عن الالف (على خمسمائة تدفعها الى غدا وانت برىء من الفضل على انك ان لم تدفعها غدا فالكل عليك كان الامر كما قال) يعنى ان قبل وادى برئ عن الباقى والا فالكل عليه كما فى الوجه الاول وهذا بالاجماع لانه اتى بصريح التقييد فاذا لم يوجد بطل والثالث ما ذكره بقوله (وان قال ابرأتك عن خمسمائة من الالف على ان تعطينى خمسمائة غدا برئ وان) وصلية (لم يعطها) لانه اطلق الابراء واداء خمسمائة غدا لا يصلح عوضا ويصلح شرطا مع الشك فى تقييده بالشرط فلا يتقيد بالشك بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا وذكر الرابع بقوله (واذا لم يوقت) اى لم يذكر لفظ غدا بل قال ادفع لى خمسمائة على انك برىء من الباقى (برئ) لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لم يكن الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه فى كل زمان فلم يتقيد بل حمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما مر لان الاداء فى الغد فيه غرض صحيح كما مر وذكر الخامس بقوله (وان علق صريحا لم يصح) يعنى اذا قال ان اديت الى او متى اواذا اديت الى خمسمائة فانت برىء لم يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وهو باطل لما مر فى بيان ما يبطل بالشرط وما لا يبطل (قال) اى المديون (سرا للدائن لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عنى او تحط ففعل) اى التأخير او الحط (صح) اى التأخير والحط لانه ليس بمكره (عليه) اى الدائن حتى انه بعد التأخير لا يتمكن من مطالبته فى الحال وفى الحط لا يتمكن من مطالبة ما حطه ابدا (ولو اعلن) اى ما قاله سرا (اخذ الآن)

(قوله ولا عن دين عليه على جنس غيره) اى غير الدين بان كان عرضا بغير عينه عن دراهم او دنانير واذا كان العرض معينا صح الصلح واما اذا صالح عن دين بدين كدنانير عن دراهم ولم يعين بدل الصلح فى عقده ثم ادى مثله قبل الافتراق جاز كما فى الصرف اه وقال الزيلعى لو كان عليه الف فصالحه على طعام موصوف فى الذمة مؤجل لم يجز لانه يكون افتراقا عن دين بدين فلا يجوز اه

(قوله هذا أصل كلى الخ) فيه تأمل اذلم يظهر لى كون ماذكره من التفريع جزئيا للاصل والدين المشترك هو ومس الاصل والمفرع غيرما فرع عليه (قوله والدين ٤٠٢ المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد الخ) شامل لما اذا اشتركا فى المبيع بأن كان عينا واحدة أولم يشتركا بأن كانا عينين لكل عين بيع على حدة بلا تفصيل ثمن (قوله فلو صالح أحدهما عن نصيبه على ثوب الخ) فى التفريع تأمل لان الاصل أن يقبض من الدين شيأ وهذا صلح عنه ثم هذا احتراز عن العين المشتركة اذا صالح أحدهما فانه يختص ببدل الصلح لكونه معاوضة بخلاف الدين وفى الدين اذا رجع على المصالح أثبتنا للمصالح الخيار أيضا بين أن يدفع نصف ما وقع عليه الصلح أو ربع الدين دفعا للضرر عنهما بقدر الامكان ولا فرق بين أن يكون الصلح عن اقرار أو سكوت أو انكار كما فى التبيين (قوله وفى الابراء عن حصته والمعاوضة بدين سبق لم يرجع الشريك على المديون) كان ينبغى أن يقال لم يرجع الشريك على شريكه ويمكن أن يقال أطلق على الشريك لفظ المديون باعتبار ما كان عليه من الدين لمن لهما عليه الدين لكن فيه خفاء اهـ والتزوج بنصيبه اتلاف فى ظاهر الرواية حتى لا يرجع على صاحبه بشئ وعن أبى يوسف أن يرجع بنصيبه منه لوقوع القبض بطريق المقاصة والصحيح الاول وكذا الصلح عن جناية العمد اتلاف لانه لم يملك بمقابلته شيأ قابلا للشركة كما فى البرهان والتبيين (قوله وفى بعضها قسم الباقى على سهامه أى لو أبرأه الخ) كان الاولى التعميم فيقال وفى بعضها أى فى البراءة عن البعض أو المقاصة قسم الباقى (قوله حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فأبرأه أحد الشريكين عن نصف نصيبه) كان ينبغى أن يزاد أو قاصه عن نصفه بدينه كما ذكرنا وقال فى البرهان تأجيل نصيبه موقوف على رضى شريكه عند أبى حنيفة ونافذ عندهما وفى عامة الكتب محمد مع أبى يوسف وذكره فى الهداية مع أبى حنيفة فكان عنه روايتان اهـ

اى أخذ المال من المقر فى الحال بلا تأخير وحط (الدين المشترك اذا قبض أحدهما شيئا منه شاركه الآخر فيه) هذا أصل كلى يتفرع عليه فروع يعنى اذا كان لرجلين دين على آخر فقبض أحدهما شيئا منه ملكه مشاعا كأصله فلصاحبه أن يشاركه فى المقبوض لانه وان ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض لكن هذه الزيادة راجعة الى أصل الحق فتصير كزيادة الثمرة والولد فله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك أن يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا اتحد الصفقة وثمن المال المشترك ونحو ذلك (ورجعا على الغريم بالباقى) لان المقبوض اذا كان مشتركا بينهما فلا بد أن يكون الباقى كذلك وفرع على الاصل المذكور بقوله (فلو صالح أحدهما عن نصيبه على ثوب أخذ) الشريك (الآخر نصفه) أى نصف الدين (من غريمه) لانه كان عليه ولم يستوفه فبقى فى ذمته (أو) أخذ (نصف الثوب من شريكه) لان الصلح وقع عن نصف الدين وهو مشاع لان قسمة الدين حال كونه فى الذمة لا تصح وحق الشريك متعلق بكل جزء من الدين فيتوقف على اجازته وأخذه النصف دال على اجازة العقد فيصح ذلك (الا أن يضمن) أى شريكه (له ربع الدين) لان حقه فيه (ولو لم يصالح) أحدهما (بل اشترى بنصفه) أى نصف الدين (شيأ ضمنه) أى ضمن أحدهما الآخر (الربع) أى ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة بلا حط لان مبنى البيع على المماكسة فصار كقبضه نصف الدين فيكون لشريكه أن يرجع عليه بالربع بخلاف الصلح لان مبناه على الحط والاغماض ولهذا الاعلاك بيعه مرابحة فكان المصالح بالصلح ابراء عن بعض نصيبه وقبض بعضه فاذا ألزمناه دفع ربع الدين تضرر به المصالح لانه لم يستوف تمام نصف الدين فلذا خيرناه (وفى الابراء عن حصته) أى اذا أبرأ أحد الشريكين ذمة المديون عن حصته (وفى المقاصة بدين سبق) أى اذا كان للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه فصار قصاصا (لم يرجع الشريك) على المديون بحصته فى الصورتين أما فى الاول فلان الابراء اتلاف وليس بقبض فلم يزدد نصيب المشترى بالبراءة فلم يرجع عليه وأما فى الثانية فلانه قضى دينا كان عليه ولم يقبض لان الاصل فى الدينين اذا التقيا قصاصا أن يصير الاول مقضيا بالثانى والمشاركة انما تثبت فى الاقتضاء (وفى بعضها قسم الباقى على سهامه) أى لو أبرأه عن بعض حصته كان قسمة الباقى على ما بقى من السهام لان الحق عاد الى هذا القدر حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فأبرأه أحد الشريكين عن نصف نصيبه كان له المطالبة بالخمسة وللساكت المطالبة بالعشرة (صالح عن عيب فظهر عدمه أو زال بطل الصلح) قال فى العمادية ادعى عيبا فى جارية اشتراها وأنكر البائع فاصطلحا على مال على أن يبرئ المشترى البائع من ذلك العيب ثم ظهر

أنه لم يكن به العيب أو كان ولكنه قد زال فللبائع أن يسترد بدل الصلح (صالح أحد
ربي سلم عن نصيبه على ما دفع فان أجازه الآخر نفذ عليهما وان رده رد) يعني اذا
أسلم رجلان الى آخر في طعام ثم صالح أحدهما مع المسلم اليه على أن يأخذ نصيبه
من رأس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد الا باجازة
الآخر فان أجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركا بينهما وما بقي من
السلم مشتركا بينهما أيضا وان لم يجز فالصلح باطل وقال أبو يوسف جاز اعتبارا بسائر
الديون فان أحد الدائنين اذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز فكان الآخر
مخيرا بين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المديون بنصيبه كذلك ههنا
ولهما أنه لو جاز فاما أن يجوز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فعلى الاول
يلزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتمييز ولا تمييز الا
بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لانه فسخ على
شريكه عقده فيفتقر الى رضاه (اخرج أحد الورثة عن عرض أو عقار بمال أو)
أخرج عن (ذهب بفضة أو بالعكس) أي عن فضة بذهب (أو) عن (نقدين بهما)
أي بالنقدين بان كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح أيضا دراهم ودنانير
(صح) أي الصلح صرفا للجنس الى خلافه كما في البيع (قل بدله أو لا) أي لا يعتبر
في النقدين التساوي بل يعتبر التقابض في المجلس لانه صرف فان وجد صح والا فلا
(وفي النقدين وغيرهما باحد النقدين لا) أي اذا كانت التركة ذهبا وفضة وغير
ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة لم يجز لاحتمال الربا (الا اذا كان المعطى أكثر من
حصته من ذلك الجنس) لتكون حصته بمثله والزيادة بمقابلة حقه من بقية التركة
صونا عن الربا فلا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه
صرف في هذا القدر (وبطل ان شرط لهم الدين من التركة) يعني اذا كان في التركة
دين على الناس فادخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم
بطل الصلح لانه يصير مملكا حصته من الدين لسائر الورثة بما يأخذ منهم من العين
وتمليك الدين من غير من عليه الدين باطل وان كان بعوض واذا بطل في حصة
الدين بطل في الكل (الا اذا شرطوا ابراءة الغرماء منه) أي من الدين ولا يرجع
عليهم بنصيب المصالح فحينئذ يصح الصلح لانه حينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه
الدين (أو قضوا نصيب المصالح منه) أي من الدين (تبرعا) ثم تصالحوا عما بقي
من التركة فانه يجوز ولا يخفى ما فيهما من ضرر بقية الورثة فالاولى ما ذكره بقوله (أو
أقرضوه) أي المصالح (قدر حصته منه) أي من الدين (وصالحوا عن غيره
وأحالهم) أي أحال المصالح الورثة (بالقرض) الذي أخذه منهم (على الغرماء)
وتقبلوا الحوالة (واختلف في صحة الصلح عن تركة مجهولة لا دين فيها) قوله (على
مكيل أو موزون) متعلق بالصلح يعني اذا لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة
وأريد الصلح على مكيل أو موزون قيل لا يصح لاحتمال ان يكون في التركة مكيل أو
موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا وقيل يصح لاحتمال ان لا يكون
في التركة مكيل أو موزون وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه أقل من بدل الصلح

(قوله صالح أحد ربي سلم الخ) الخلاف
ثابت بينهم على الصحيح سواء خلطا
رأس المال أولا وقيل ان لم يخلطا
رأس المال جاز عندهما أيضا كما في
التبيين (قوله وفي النقدين وغيرهما
باحد النقدين الخ) كذا لا يجوز الصلح اذا
لم يعلم قدر نصيبه لاحتمال الربا وقال
الحاكم الشهيد انما يبطل على أقل من
نصيبه في مال الربا حالة التصادق وأما في
حالة التناكر بان أنكروا وراثته فيجوز
وجه ذلك ان في حالة التكاذب ما أخذه
لا يكون بدلا لا في حق الآخذ ولا في
حق الدافع هكذا ذكره المرغيناني ولا بد
من التقابض فيما يقابل الذهب والفضة
منه لكونه صرفا ولو كان بدل الصلح للرضا
في الصور كلها جاز مطلقا وان قل ولم يقبض
في المجلس (قوله قيل لا يصح) قائله ظهير
الدين المرغيناني وقيل يصح قاله الفقيه
أبو جعفر وهو الصحيح كما في التبيين والله
الموفق

كتاب القضاء (قوله وشرعا الزام الغير ببينة أو اقرار) اطلاقه في جانب الاقرار فيه تسامح لانه مع الاقرار اعانة للمدعي
قضاء لانه كما سيذكر فصل الخصومة ولا خصومة مع الاقرار لان الزامه لنفسه فوق الزام القاضي فلا يحتاج لالزامه (قوله وهو
ما يكون به) يعني القضاء انما يكون بالزام وقال الزيلعي القضاء أفضل العبادات وبه أمر كل نبي وقال في البدائع نصب القاضي
فرض ونصب الامام الاعظم فرض بلا خلاف بين أهل الحق ولا عبرة بخلاف بعض القدرية لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على
ذلك (قوله ولا تقبل لما ذكر) يعني من قلة المبالاة ٤٠٤ فالنهي للايجاب يعني يجب عدم قبول شهادته لكن لو قبل صح الحكم بها
وكان القاضي آثما (قوله المصر) شرط لنفاذ
القضاء في ظاهر الرواية وفي رواية النوادر
ليس بشرط ذكره شمس الائمة وروى
عن أبي يوسف في الاملاء ان المصر ليس بشرط
ويبتني على هذا مسئلتان احداهما ان
كتاب قاضي الرستاق الى القاضي هل يصح
فعلى ظاهر الرواية لا يصح لانه ينقل ولاية
القضاء وهو ليس بقاض وعلى رواية
النوادر يصح وقد قيل على هذه الرواية
ايضا لا يصح لانه لا حاجة والثانية اذا علم
القاضي في الرساتيق بحادثة ثم أراد أن
يقضي بذلك العلم فعلى ظاهر الرواية
على الاختلاف الذي علم قبل تقلد القضاء
كذا في الصغرى وقدم المصنف رحمه
الله تعالى في كتاب الدعوى ان المصر
شرط لجواز القضاء في ظاهر الرواية
وطريقه أن يبعث واحدا من أعوانه حتى
يسمع الدعوى والبينة ويقضي ثم بعد
ذلك يمضي قضاءه اه (قوله وكثير من
مشايخنا أخذوا برواية النوادر) قال
شمس الائمة السرخسي كثير أخذوا
برواية النوادر ان المصر ليس بشرط لنفوذ
القضاء باعتبار الحاجة فانه اذا خرج
القاضي الى المحدود المدعى عليه وسمع
الدعوى ثمة وأراد أن يقضي هنالك كيف
يصح هذه الجملة في شرح أدب القاضي
كذا في الصغرى (تتمه) اذا قلد
السلطان انسانا قضاء بلدة كذا لا يدخل فيه القرى ما لم يكتب في منشوره البلدة والسواد في باب القاضي وقال
في بعلمه ما يدل على هذا كذا في الصغرى اه وبه جزم في فصول العمادي (قوله أخذ القضاء بالرشوة لا ينفذ حكمه)
الاولى ان يقول لا يصير قاضيا كما ذكره شرحا (قوله وان كان عدلا ففسق بأخذها يستحق العزل) يعني وجب على
السلطان عزله (قوله وقيل ينعزل) أي بمجرد الفسق واختاره الكرخي والطحاوي وعلي الرازي صاحب أبي يوسف وهو
اختيار حسن لعدم ائتمان الناس على حقوق الناس

فكان القول بعدم الجواز مؤديا الى اعتبار شبهة الشبهة ولا عبرة بها (وصح في الاصح عن) تركة (مجهولة في يد البقية) من الورثة (غير المكيل والموزون) لانه لا يفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وقيل لا يصح لانه بيع اذ المصالح عنه عين ومع الجهالة لا يصح البيع

(كتاب القضاء)

أورده بعد الصلح لانه انما يحتاج اليه اذا لم يكن بين المتخاصمين صلح (هو) لغة الاحكام وشرعا (الزام على الغير ببينة أو اقرار أو نكول) لان حقيقته فصل الخصومة وهو انما يكون به (وأهله أهل الشهادة) لان كلا منهما من باب الولاية لانه تنفيذ القول على الغير ولان كلا منهما الزام اذ الشهادة ملزمة على القاضي والقضاء ملزم على الخصم فما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء (وشرط أهليتها شرط اهليته) وقد مر ذلك في كتاب الشهادة (والفاسق اهلها فيكون أهله لكنه لا يقلد) اذ لا يؤتمن عليه لقلة مبالاته بواسطة فسقه حتى لو قلد كان المقلد آثما (كما يصح قبول شهادته) لوجود اصل الاهلية (ولا تقبل) لما ذكر حتى لو قبل القاضي وحكم بها كان آثما لكنه ينفذ وفي الفتاوى القاعدية هذا اذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ (اختلف في كون المصر شرطا لنفاذه وكون القسمة من اعماله) المصر شرط لنفاذ القضاء في ظاهر الرواية وفي رواية النوادر ليس بشرط وكثير من مشايخنا رحمهم الله تعالى أخذوا برواية النوادر باعتبار الحاجة ولو امر رجلا بالقسمة في الرستاق جاز باتفاق الروايات لان القسمة ليست من اعمال القضاء وكذا اذا خرج الى القرى ونصب قيما في أمور الصغار أو الوقف او نكاح الصغار كذا احكى فتوى ظهير الدين المرغيناني لانه ليس بقضاء ولا من أعمال القضاء قال في الفصل الحادي والثلاثين من شهادات المحيط ان هذا مشكل عندي لان القاضي انما يفعل ذلك بولاية القضاء الا يرى انه لو لم يؤذن له بذلك لم يملك فكان من جملة القضاء (أخذ القضاء برشوة لا ينفذ حكمه) قال في العمادية القاضي اذا أخذ القضاء برشوة هل يصير قاضيا اختلف فيه المشايخ والصحيح انه لا يصير قاضيا ولو قضى لا ينفذ قضاؤه (وان كان عدلا ففسق بأخذها يستحق العزل) لوجود سبب الاستحقاق (وقيل ينعزل) لان المقلد اعتقد عدالته فلم يرض بقضائه بدونها

وقال قاضيخان اجمعوا انه اذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى (وينبغي ان يكون موثوقا به في عفافه) وهو الاحتراز عن الحرام (وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة) وهي ما يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم (والآثار) وهي ما يروى عن الاصحاب رضوان الله تعالى عليهم أجمعين (ووجوه الفقه) أي مسائل متعلقة بأحكام الوقائع (والاجتهاد شرط الاولوية) لا الجواز (كذا المفتي) يعني ينبغي ان يكون موصوفا بالصفات المذكورة ولا يشترط فيه أيضا الاجتهاد (ولا يطلب القضاء) أي بالقلب (ولا يسأل) أي باللسان لقوله صلى الله عليه وسلم من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده أي يلهمه الرشد ويوفقه للصواب (ويختار الاقدر والاولى) أي ينبغي للمقلد ان يختار للقضاء من هو اقدر واولى به (ولا يكون فظا غليظا جبارا عنيدا) لانه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم في القضاء قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قلد غيره عملا وفي رعيته من هو اولى به منه فقد خان الله تعالى ورسوله وخان جماعة المسلمين وعمل القضاء من اهم أمور الدين واعمال المسلمين (ويكره التقلد) أي اخذ القضاء (لمن خاف الحيف) أي الظلم والجور على غيره وان امن منه لا يكره وقيل يكره بلا كراه لقوله عليه الصلاة والسلام من ابتلي بالقضاء فكأنما ذبح بغير سكين وقيل قد ازدراه بعض القضاة وقال كيف يكون هذا ثم دعا في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض أشعار ذقنه فعطس فأصاب الموسى حلقه وألقى رأسه بين يديه كذا في الكافي ويجوز تقلده من الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا القضاء من معاوية بعد ان أظهر الخلاف لعلي كرم الله وجهه مع ان الحق كان مع علي وتقلدوا من يزيد مع فسقه وجوره والتابعون تقلدوا من الحجاج مع كونه اظلم زمانه (و) من (أهل البغي) قال في العمادية التقلد من أهل البغي يصح وبمجرد استيلاء الباغي لا ينعزل قضاة العدل ويصح عزل الباغي لهم حتى لو انهزم الباغي بعد ذلك لا تنفذ قضاياهم بعده ما لم يقلدهم السلطان العدل (فان تقلد طلب ديوان قاض قبله) وهي الخرائط التي فيها نسخ السجلات والصكوك ونحو ذلك لان القاضي يكتب نسختين احداهما تكون في يد الخصم والاخرى في ديوان القاضي اذ ربما يحتاج اليه لمعنى من المعاني وما في يد الخصم لا يؤمن عليه من الزيادة والنقصان ثم الورق الذي كتب عليه القاضي المعزول هذه النسخ ان كان من بيت المال يجبر على دفعه لانه انما كان في يده لعمله وقد صار العمل لغيره وكذا اذا كان من ماله أو مال الخصوم في الصحيح لانه ما اتخذه للتمول بل للتدين

(قوله وقال قاضيخان) حكاه عنه صاحب البرهان ثم قال وقيل ينفذ فيما ارتشى فيه كان القاضي فخر الدين لم يعتبر هذا القيل واعتبر قول الاكثر فحكى الاجماع في عدم نفوذه فيه وقال بعض مشايخنا ان قضاياه فيما ارتشى وفيما لم يرتش باطلة ولو ارتشى ولد القاضي أو كاتبه أو بعض أعوانه فان كان بأمره ورضاه كان كارتشائه بنفسه فيكون قضاؤه مردودا وان كان بغير علمه نفذ قضاؤه وكان على المرتشي رد ما قبض اهـ

(قوله وفهمه) يعني ينبغي أن يوثق به في فهمه عند الخصومة فيجعل سمعه وفهمه وقلبه الى كلام الخصمين لانه اذا لم يفهم كلامهما ضيع الحق وينبغي أن لا يكون قلقا ولا ضجرا ولا غضبان ولا جائعا ولا عطشان ولا ممتلئا ولا ماشيا وقت القضاء كما في البدائع (قوله ولا يطلب القضاء) فان طلب لا يولى (قوله ولا يكون فظا سيء الخلق غليظا قاسيا جبارا عنيدا) يعني فيكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف فمن كان أعرف وأقدر وأوجه وأهيب وأصبر على ما أصابه من الناس كان أولى (قوله وان أمنه لا يكره) قال في البدائع اذا عرض القضاء على من يصلح له من أهل البلدان كان في البلد عدد يصلحون للقضاء لا يفترض عليه القبول بل هو في سعة من القبول والترك ثم اذا جاز له الترك والقبول اختلفوا في أيهما أفضل فأما اذا لم يصلح له الا رجل واحد فانه يفترض عليه القبول اذا عرض عليه اهـ (قوله وقيل يكره بلا كراه لقوله صلى الله عليه وسلم الخ) احتج الفريق الاول بصنع الانبياء والرسل صلوات الله وسلامه عليهم وصنع الخلفاء الراشدين والصالحين لان لنا بهم قدوة ولان القضاء بالحق اذا أريد به وجه الله تعالى يكون عبادة خالصة بل هو أفضل العبادات قال النبي صلى الله عليه وسلم عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة والحديث محمول على القاضي الجاهل أو العالم الفاسق أو الطالب الذي لا يأمن على نفسه الرشوة فيخاف أن يميل اليه توفيقا بين الدلائل اهـ (قوله ويجوز تقلده من الجائر) انما يجوز التقلد منه اذا امكنه من القضاء بحق أما اذا لم يمكنه فلا لان المقصود لا يحصل بالتقلد منه (قوله فان تقلد طلب ديوان قاض قبله) قال الزيلعي ويبعث عدلين من أمنائه أو عدلا واحدا والاثنان أحوط ليقبضا ديوان المعزول بحضرته أو بحضرة أمينه ويسألان المعزول عنها شيئا فشيئا لكشف الاشكال عنهما ويضعان كل شيء في خريطة بمفرده اهـ

وكذا الخصوم تركوه في يده في عمله وقد انتقل العمل الى غيره (وألزم محبوساً أقر بحق أو قام عليه بينة) يعني نظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظراً للمسلمين فمن أقر بحق أو أنكر فقامت عليه بينة ألزمه إياه (ولا يقبل قول المعزول عليه الا ببينة) لانه صار كواحد من الرعايا وشهادة الواحد ليست بحجة خصوصاً اذا كانت بفعل نفسه (والا) أي وان لم يقر ولم يقم عليهم بينة (نادى عليه) أي لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه أي يأمر منادياً ينادي كل يوم اذا جلس من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس الفلاني بحق فليحضر حتى يجمع بينهما فاذا لم يظهر خصم اخذ منه كفيلاً بنفسه (وخلاه) أي اطلقه (ونظر في الودائع وغلات الوقف) التي وضعها المعزول في أيدي الامناء (وعمل بالبينة أو اقرار ذي اليد) لان كل ذلك حجة (لا بقول المعزول) لما مر (الا ان يقر ذو اليد بالتسليم منه) اذ ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كأنه في يده في الحال لان من في يده مال اذا أقر به لانسان يقبل اقراره (وجلس للحكم في مسجد والجامع أولى) لانه أشهر مواضع البلدة (أو جلس (في داره وأذن) للناس (بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل) لان الجلوس في داره وحده يورث التهمة (ورد) أي لم يقبل (هدية) لان قبولها يؤدي الى مراعاة المهدي (الا من ذي رحم محرم أو ممن اعتاد مهاداته) أي لا يرد منهما (قدر المعهد) أي جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة (ان لم يكن لهما خصومة) اذ لو كانت لكان آكلاً بقضائه (وشهد الجنازة) لانه من حقوق المسلم على المسلم (لا الدعوة الخاصة) وهي ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها لان الخاصة لاجل القضاء بخلاف العامة (ويعود مريضاً) لانه أيضاً من جملة الحقوق (ويسوي بين الخصمين جلوساً واقبالاً) لقوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة) للتهمة (ولا يضحك في وجهه) لانه اغراء على خصمه (ولا يمزح مطلقاً) أي لا يمازحهما ولا واحداً منهما ولا غيرهما لانه يزيل مهابة القضاء وهذا أحسن مما قال في الوقاية ولا يمزح معه لما قال في الكافي ولا يمزح معه ولا مع غيره ولا يلقنه حجة للتهمة (ولا يلقن الشاهد شهادته) بأن يقول

(قوله أي يأمر منادياً ينادي عليه كل يوم) لو قال ينادي عليه أياماً كما فعل الزيلعي لكان أولى كما هو ظاهر (قوله لا يقبل قول المعزول الا أن يقر ذو اليد بالتسليم منه) أي فيقبل اقرار القاضي الا اذا بدأ صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضي اليه والقاضي يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضي باقراره الثاني وتمامه في التبيين (قوله وجلس للحكم في مسجد والجامع أولى) يعني اذا كان وسط البلد وان كان في الطرف يختار الجلوس وسط البلد ولا بأس بان يقعد في الطريق

ما لم يضيق على المارة ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة وان جلس وحده لا بأس به ان كان عالماً بالقضاء وان كان جاهلاً يستحب له أن يقعد معه أهل العلم قريباً منه للمشورة وكذا أهل العدل للشهادة عليه بخلاف الاعوان حيث يكونون بعيداً عنه لاجل الهيبة اهـ وأطلقه في البدائع عن قيد الجهل فقال من آداب القضاء أن يجلس معه جماعة من أهل الفقه يشاورهم ويستعين برأيهم فيما يحتاج اليه لقوله تعالى وشاورهم في الامر وينبغي أن يجلس معه من يوثق بدينه وأمانته ليهديه الى الحق والصواب اذا رجع اليه ولا ينبغي أن يشاورهم بحضرة الناس لانه ذهاب بمهابة المجلس واتهامه بالجهل ولكن يقيم الناس ثم يشاورهم أو يكتب في رقعة أو يكلمهم بلغة لا يفهمها الخصمان وهذا اذا لم يدخله حصر باجلاسهم عنده ولا يعجز عن الكلام بين أيديهم فان كان لا يجلسهم فان أشكل عليه حادثة بعث اليهم (قوله لا الدعوة الخاصة) هذا في دعوة الاجنبي وفي دعوة القريب يجيبها كذا ذكره الخصاف بلا خلاف وذكر الطحاوي ان على قولهما لا يجيب الخاصة للقريب وعلى قول محمد يجيب وانما لا يجيب الدعوة الخاصة للاجنبي اذا لم يتخذ الدعوة لاجله قبل القضاء فعلى هذا لا فرق بينها وبين الهدية كذا في التبيين وقال في البرهان وأجاز له محمد حضور دعوة قريبه الخاصة له كالعامة وأبو حنيفة وأبو يوسف منعاه منها لمكان التهمة وأصح ما قيل في الفرق بين الخاصة والعامة ان كل ما يمتنع صاحب الدعوة من اتخاذها اذا علم ان القاضي لا يحضر فهي الخاصة والا فهي العامة (قوله ويعود مريضاً) هذا اذا لم يكن له ولا عليه دعوى وكذا الجنازة كما في البرهان (قوله أي لا يمازحهما الخ) أي في مجلس الحكم كما أشار اليه وفي غيره لا يكثر منه وهو بالخيار في بدئهما بالكلام وسكوته الى أن يبدآه وهو أحسن ولا يجمع بين النساء والرجال في زحمة بل يجعل الرجال ناحية والنساء ناحية (قوله ولا يلقن الشاهد شهادته) أي يكره له ذلك عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول كما في البرهان

له اشهد بكذا او كذا الا انه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم (واستحسنه ابو يوسف فيما لا تهمة فيه) لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة احضار الخصم والتكفيل (واذا ثبت الحق على الخصم باقراره أو ببينة امره) أى القاضى المقر (بدفعه) أى دفع الحق (فان ابى) أى امتنع عن الدفع (حبسه) شرط الاباء بعد أمره ولم يفرق بين ما اذا ثبت الحق عليه ببينة أو اقرار وفرق بينهما فى الهداية فقال اذا ثبت بالبينة يحبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره وان ثبت باقراره لم يعجل بحبسه اذ لم يعرف كونه مماطلا فى أول الوهلة فلعله طمع فى الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ومثله حكى عن الصدر الشهيد والمحكى عن شمس الائمة عكسه لانه اذا ثبت بالبينة يعتذر ويقول ما علمت ان له على دينا الا الساعة فاذا علمت قضيت ولا يتأتى ذلك فى الاقرار والاحسن ما ذكره هنا كما قال الزيلعى (قدر ما يرى) اختلف فى تقدير مدة الحبس والصحيح انه مفوض الى رأى القاضى لان الحبس للايذاء واحوال الناس فيه متفاوتة (بطلب ذى الحق) متعلق بقوله حبسه وكذا قوله (فيما لزمه) متعلق به (بدلا عن مال حصل له كثمن مبيع او قرض أو التزمه بعقد كالمهر المعجل و بدل الخلع ودين الكفالة) لان المال اذا حصل فى يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره (وفى غيرها) من الديون (لا) أى لا يحبس (ان ادعى الفقر) اذ لا دليل على اليسار (الا ان يثبت غريمه غناه فيحبسه) قدر ما يراه كما مر لان دليل اليسار اذا لم يوجد كان القول لمن عليه الدين وعلى المدعى اثبات غناه فيحبسه (ثم يسأل عنه فان لم يظهر له مال اطلقه) فنظرة الى ميسرة فحبسه بعده يكون ظلما (ولم يمنع غرماءه عنه) لان ثبوت حقه عليه لا يمنع طلب الآخر حقه منه (ولا يقبل بينة على افلاسه قبل حبسه) لانها بينة على النفى فلا تقبل ما لم تتأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط (وبينة اليسار أولى) يعنى اذا أقام المدعى بينة على اليسار والمدعى عليه على الاعسار فبينة اليسار أولى لانه عارض والبينة للاثبات (وابد حبس الموسر) لان الحبس جزاء الظلم فاذا

(قوله واستحسنه أبو يوسف) رجع اليه بعد ما تولى القضاء (قوله فيما لا تهمة فيه) مثل أن يدعى ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة ويشهد الشاهد بألف فقال القاضى يحتمل انه أبرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما ووفق فى شهادته كما وفق القاضى فانه يجوز بالاتفاق كما فى البرهان (قوله والاحسن ما ذكره هنا كما قال الزيلعى) كان ينبغى للمصنف أن يذكر ما قاله الزيلعى بعده والصواب لا يحبسه فيهما أى فى صورتى لزوم المال بعقد أو مبادلة اذا طلب المدعى ذلك حتى يسأله فان أقر ان له مالا أمره بالدفع فان أبى حبسه لظهور مطله وان أنكر المال والمدعى يقول له مال فالقاضى يقول للمدعى ألك بينة ان له مالا فان أقام البينة ان له مالا أمره بالدفع فان أبى حبسه وان عجز عن البينة والمدعى يدعى ان له مالا وهو ينكر كان القول قول المدعى عليه فيما ذكر فى المختصر اه (تنبيه) هذا فى غير دين الولد والاجداد والجدات وان علوا ومولى المأذون ان لم يكن مديونا كما فى التبيين (قوله ودين الكفالة) هذا اذا لم يكن كفيلا عن أصل كالكفيل أم فلا يحبس لما يلزم من القول بحبسه أن يحبس الكفيل الام ولا يجوز ولنا فيه رسالة (قوله ثم يسأل عنه) قال شيخ الاسلام سؤال القاضى عن حاله بعد الحبس احتياطا وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفى فكان للقاضى أن يعمل برأيه ولا يسأل ولكن لو سأل مع هذا كان أحوط كذا فى التبيين (قوله ولم يمنع غرماءه عنه) هذا عند أبى حنيفة رحمه الله فيلازمونه ويأخذون فضل كسبه لعدم تحقق القضاء بالافلاس عنده اذ المال غاد ورائح ولان وقوف الشهود على عسرته من حيث الظاهر فيصلح لدفع الحبس عن المديون لا لابطال حق الغريم فى الملازمة ومنعه أبو يوسف ومحمد عنهما أى الملازمة وأخذ فضل الكسب الى أن يقيم بينة انه اكتسب مالا كما فى البرهان وقول زفر كقولهما كما فى التبيين (قوله ولا يقبل بينته على الافلاس قبل حبسه) قال فى البرهان لو رأى أن يسأل عنه قبل مضى مدة الحبس كان له ذلك وأما السؤال قبل الحبس وقبول بينة الاعسار فعن محمد تقبل وبه أفتى محمد بن الفضل واسمعيل بن حماد بن أبى حنيفة وهو قول الشافعى ولاكثرهم لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك وهو الاصح فان بينة الاعسار بينة على النفى فلا تقبل حتى تتأيد بمؤيد وبعد مضى المدة تأيدت اه ولقائل ان يقول لو سمعها قبل الحبس ثم حبسه ولم يظهر له مال لا مانع من اعتماده على ما سبق من الاخبار ويؤيده ما قدمناه عن شيخ الاسلام اه وفى اطلاق البينة على الاخبار بحاله تسامح لما قال فى الصغرى خبر الواحد العدل الثقة يكفى والاثنان أحوط ولا يشترط لفظ الشهادة اه وكيفية الاخبار ان يقول ان حاله حال المعسرين فى نفقته وكسوته وحاله ضيقة وقد اختبرنا حاله فى السر والعلانية كما فى التبيين (تنبيه) قال فى البرهان لو طلب المديون يمين المدعى انه ما يعلم انه معسر حلف فان نكل أطلقه ولو قبل الحبس وان حلف حبسه اه ومثله

فى الصغرى الا أنه قال وان حلف أبدا الحبس فى أدب القاضى لشمس الائمة الحلوانى اهـ وفى اطلاق التأبيد تسامح كما لا يخفى انه لتعرف حاله بحسب ما يراه القاضى (قوله لا يحبس لنفقة ماضية لزوجته وولده) كذا كل دين غيرها الولد كما ذكرنا وكذا الكسوة الماضية المقررة للمرأة لأنها ليست واجبة بعد

وهى من النفقة وهى حادثة حال (قوله بل فى الانفاق عليهما اذا أبى عن الانفاق) قال الكمال يحبس كل من وجبت عليه النفقة فأبى عن الانفاق أبا كان أو أما أو جدا اهـ (تنبيه) وهل يحبس من امتنع من الانفاق على من وجب عليه نفقة قريب محرم له فلينظر (تتمة) لا يحبس فى الدين المؤجل وكذا لا يمنع من السفر قبل حلول الاجل سواء بعد محله أو قرب لانه لا يملك مطالبته قبل حل الاجل فلا يملك منعه ولكن له أن يخرج معه حتى اذا حل الاجل منعه من المضى فى سفره الى أن يوفيه دينه كما فى البدائع (قوله فانه يستخلف فى الصلاة من سمع الخطبة) ليس على اطلاقه لما قال الزيلعى ان أحدث قبل الشروع فى الجمعة لم يجز له أن يستخلف الا من شهد الخطبة وان كان شرع فيها جاز أن يستخلف من لم يدرك الخطبة وقدمناه فى باب الجمعة عن الكمال (قوله ولا ينعزل أى نائب القاضى بخروجه أى القاضى عن القضاء) حكى فى الاشباه والنظائر خلافا فى المسئلة ومن قال بعدم انعزاله بخروج القاضى عن القضاء لكونه نائبا عن الاصل فيدل على أن النواب الآن ينعزلون بعزل القاضى وموته لانهم نواب القاضى من كل وجه فهو كالوكيل مع الموكل ولا يفهم أحد الآن انه نائب السلطان ولهذا قال العلامة ابن الغرس ونائب القاضى فى زماننا ينعزل بعزله وبموته فانه نائبه من كل وجه اهـ (قوله ونائب غيره ان قضى عنده أو اجازه صح) يعنى ان صلح النائب قاضيا كأن لا يكون رقيقا ولا محدودا فى قذف

الرابع

(قوله بمضى حكم قاض آخر) قالوا شرطه أن يكون عالما باختلاف العلماء حتى لو قضى فى فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه الثانى ذكره فى النهاية معزيا الى المحيط وقال شمس الائمة هذا هو ظاهر المذهب كذا فى التبيين (قوله ولانه قال ذلك أدنى أن لا ترتابوا) كذا فى نسخ وليس التلاوة فانه اذا لكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى أن لا ترتابوا وفى بعض النسخ ولانه قال وأدنى ان لا ترتابوا ولا اعتراض عليها

امتنع من أداء الحق مع القدرة عليه ظهر ظلمه فيجازى بتأبيد حبسه (لا يحبسه لنفقة ماضية لزوجته وولده) لانها تسقط بمضى الزمان وان لم تسقط بان حكم الحاكم بها أو اصطلح الزوجان عليها فلا يحبس أيضا لانها ليست ببدل عن مال ولا لزمته بعقد على ما ذكرنا (بل) يحبس (فى الانفاق عليهما اذا أبى) عن الانفاق لان النفقة لحاجة الوقت وفى تركه قصد اهلاكهما فيحبس لدفع هلاكهما (تقضى المرأة فى غير حد وقود) لما مر ان القضاء يستقى من الشهادة وشهادتها جائزة فى غيرهما فكذا قضاؤها فيه ولا يجوز فيهما لما فيهما من شبهة البدلية (ولا يستخلف قاض) أى لا ينصب نائبا الا ان المفوض اليه القضاء لا التقليد ولا يتصرف فى غير ما فوض اليه كالوكيل لا يوكل بلا اذن الموكل (الا اذا فوض) أى الاستخلاف (اليه) بان قيل له من قبل السلطان ول من شئت (بخلاف المأمور باقامة الجمعة) وهو الخطيب (فانه يستخلف فى الصلاة للضرورة) لكونها على شرف الفوات فلو لم يجز لفاتت الجمعة (من سمع الخطبة) مفعول يستخلف وقد مر تحقيقه فى باب صلاة الجمعة وفرع على قوله الا اذا فوض اليه بقوله (فنائب القاضى المفوض اليه نائب عن الاصل) يعنى السلطان (فلا يعزله) أى اذا كان نائبا عن الاصيل لا يعزله القاضى (الا اذا فوض اليه) بان قيل له من قبل السلطان استبدل من شئت فحينئذ يجوز له العزل (ولا ينعزل) أى نائب القاضى (بخروجه) أى القاضى (عن القضاء) هذا أيضا فرع على ما قبله (ونائب غيره) أى نائب غير المفوض اليه (ان قضى عنده أو اجازه) أى لم يقض عنده لكنه سمع انه قضى فى غيبته واجازه (صح) قضاؤه لان المقصود حضور رأى الاول وقد وجد (بمضى حكم قاض آخر) يعنى اذا رفع اليه حكم قاض أمضاه اذا كان مجتهدا فيه (لا ما خالف الكتاب أو السنة المشهورة أو الاجماع) اذ لا مزية لاحد الاجتهادين على الآخر وقد تأيد الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه فلو قضى قاض بشاهد ويمين المدعى أو بثبوت حل الوطء بمجرد النكاح فى مطلقة الثلاث أو بجواز بيع متروك التسمية عمدا أو بجواز بيع درهم بدرهمين لا ينفذ أما الاول فلمخالفته الكتاب لانه تعالى قال واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان هذا انما ذكر لقصر الحكم عليه ولانه قال ذلك أدنى ان لا ترتابوا ولا مزيد على الادنى وأما الثانى فلانه مخالف للحديث المشهور وهو حديث العسيلة وأما الثالث فلانه مخالف لما اتفقوا عليه فى الصدر الاول فكان قضاؤه بخلاف الاجماع وأما

الرابع فلان الخلاف فيه منقول عن ابن عباس رضى الله عنهما فقد انكر عليه الصحابة فلا يعتبر خلافه كذا فى الكافى وقد فرع على قوله يمضى حكم قاض آخر بقوله (فان أمضى) جزاء هذا الشرط قوله الآتى نفذ (قضاءه من حد فى قذف وتاب أو) قضاء (الاعمى أو) قضاء (امرأة) قوله (بحد أو قود) متعلق بقوله قضاء (أو) قضاء (قاض لامرأته و) قاض (بشهادة المحدود التائب و) شهادة (الاعمى و) قاض (لامرأة بشهادة زوجها و) قاض (بحد او قود بشهادتها) أى بشهادة امرأة (نفذ) لان كلا منها مجتهد فيه ولم يخالف ما ذكر (حتى لو ابطله ثان نفذه ثالث) لان الاجتهاد الاول كالثانى والاول تأيد باتصال القضاء به فلا ينقض باجتهاد لم يتأيد به لانه دونه والقضاء حق الشرع يجب صيانته ومن صيانته ان يلزم ولا يعترض عليه (وأما قضاء عبد وصبى مطلقا) أى سواء كان على مسلم أو كافر (و) قضاء (كافر على مسلم فلا ينفذ أبدا) لانتفاء أهلية الشهادة فيهم عليه (يوم الموت لا يدخل تحت القضاء بخلاف يوم القتل) يعنى اذا ادعى رجل ان اباه مات فى يوم كذا وقضى به فادعت امرأة ان الميت تزوجها بعد ذلك اليوم يسمع ويقضى بالنكاح ولو ادعى قتله فيه وقضى به لم تسمع دعواها النكاح بعده كذا اذا ادعى ان فلانا مات وترك هذا ميراثا لامى وماتت وتركت ميراثا لى وقضى له بالبينة فقال المدعى عليه ان أمك التى تدعى الارث عنها ماتت قبل فلان الذى تدعى انه مات أولا وأقام البينة لم يصح الدفع وسره ان القضاء بالبينة عبارة عن رفع النزاع والموت من حيث انه موت ليس محلا للنزاع ليرتفع باثباته بخلاف القتل فانه من حيث هو هو محل للنزاع كما لا يخفى (القضاء بحل أو حرمة بشهادة زور ينفذ ظاهرا او باطنا اذا ادعاه بسبب معين) يعنى العقود كالبيع والشراء والاجارة والنكاح والفسوخ كالاقالة والفرقة بطلاق ونحوه فانه ينفذ فيها عند أبى حنيفة ظاهرا او باطنا وعند الباقين ينفذ ظاهرا لا باطنا (بخلاف الاملاك المرسلة) وهى التى لم يذكر فيها سبب معين فانهم أجمعوا انه ينفذ فيها ظاهرا لا باطنا لان الملك لا بد له من سبب وليس بعض الاسباب أولى من البعض لتزاحمها فلا يمكن اثبات السبب سابقا على القضاء بطريق الاقتضاء وفى النكاح والشراء يقدم النكاح والشراء تصحيحا للقضاء وفى الهبة والصدقة روايتان عن أبى حنيفة والمراد بالنفاذ ظاهرا ان يسلم القاضى المرأة نفسها الى الرجل ويقول سلمى نفسك اليه فانه زوجك وبالنفاذ باطنا ان يحل له وطؤها ويحل لها التمكين فيما بينها وبين الله تعالى لهم أن شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فينفذ القضاء كذلك لان القضاء ينفذ بقدر الحجة وله ما روى ان رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدى على رضى الله عنه وأقام شاهدين وقضى بالنكاح بينهما فقالت ان لم يكن بد يا أمير المؤمنين فزوجنى منه فقال على شاهداك زوجاك ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من تجديد النكاح عند طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان فى ذلك تحصينها من الزنا وكان الشهود زورا بدليل القصة (القضاء فى مجتهد فيه) الباء فى قوله (بخلاف رأيه) متعلق بالقضاء المراد بخلاف الرأى خلاف أصل المذهب كالحنفى اذا حكم على مذهب الشافعى ونحوه أو بالعكس وأما

(قوله ينفذ فيها عند أبى حنيفة ظاهرا وباطنا وعند الباقين ينفذ ظاهرا لا باطنا) المراد بالباقين الصاحبان والائمة الثلاثة وقال فى البرهان وقضاؤه بشهادة الزور فى العقود والفسوخ نافذ ظاهرا وباطنا عند أبى حنيفة وقصراه على الظاهر كما فى الاملاك المرسلة وعليه الفتوى وانما كانت الفتوى على قولهما لظهور دليلهما بالنسبة الى دليله وان بالغ صاحب المبسوط فى توجيهه فى كتاب الرجوع عن الشهادة وتبعه فى ذلك بعض شراح الهداية اه

(قوله ولو عامدا ففيه روايتان الخ) الخلاف ثابت على الصحيح وفي خزانة الاكمل عن شرح الجامع الكبير ان هذا بلا خلاف بين اصحابنا كذا في شرح المنظومة لابن الشحنة وقال الكمال لو قضى في المجتهد فيه ناسيا لمذهبه مخالفا لرأيه نفذ عند ابي حنيفة رواية واحدة وان كان عامدا ففيه روايتان وعندهما لا ينفذ في الوجهين أي وجه النسيان والعمد والفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى ان الفتوى على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى فقد اختلف في الفتوى والوجه في هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يتركه الا لهوى باطل لا لقصد جميل واما الناسي فلان المقلد ماقلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره هذا كله في القاضي المجتهد فاما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم اه ونقل هذا في البرهان عن الكمال ثم قال وهذا صريح الحق الذي يعض عليه بالنواجذ اه (فائدة) اليمين المضافة اذا فسخت بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ حكى عن برهان الائمة يكون الوطء حلالا كما في الفتح (قوله لا تقبل بينتها في الاصح) احتراز عن قول من قال انه تقبل في الشرط ايضا ومنهم على البزدوي (قوله واما اذا قضى على غائب فقيل ينفذ وقيل لا) قدم المصنف رحمه الله تعالى في باب خيار العيب ان القضاء على الغائب من غير خصم ينفذ في أظهر الروايتين عن أصحابنا اه وقال الكمال بعد حكاية الخلاف في النفاذ والذي يقتضيه النظر ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو كقضاء المحدود في قذف ونحوه وحيث قضى على غائب فلا يكون عن اقرار عليه اه (قوله التركة الخ) اقول في الفصل الثالث من العمادية ان المأذون المديون لا يبيعه القاضي الا بحضرة مولاه اه فكذلك لا تباع التركة المستغرقة الا بحضرة الورثة لما لهم من حق لذكر امساكها وقضاء الدين من مالهم والجامع بين المسئلتين تعلق الحق للوارث كالمولى (قوله يقرض مال الوقف والغائب واليتيم) يعني من ملي موثوق ولا يخاف منه الجحود وينبغي للقاضي ان يتفقد احوال الذين اقرضهم مال الايتام حتى لو اختل حال احد منهم اخذ منه المال لان القاضي وان كان قادرا على الاستخلاص لكن انما يقدر من الغني لا من الفقير الا يرى انه ليس له أن يقرض المعسر ابتداء فكذا ليس له ان يتركه عنده انتهاء كذا في التبيين

اذا حكم الحنفي بما ذهب اليه ابو يوسف او محمد او نحوهما من أصحاب الامام فليس حكما بخلاف رأيه (لو) كان قضاؤه (ناسيا مذهبه نفذ عند ابي حنيفة ولو عامدا ففيه روايتان) وجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين (وعندهما لا ينفذ في الوجهين) لانه قضى بما هو خطأ عنده (قيل عليه الفتوى) قاله في الهداية (وقيل الفتوى على النفاذ فيهما) في الفتاوى الصغرى اذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند ابي حنيفة وعليه الفتوى كذا في الكافي (لا يقضي على غائب ولا له) لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع الآخر ولان القضاء لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح القضاء (الا بحضور نائبه حقيقة كوكيله ووصيه أو شرعا كوصي القاضي أو حكما بان يكون ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر فينتصب الحاضر خصما عن الغائب) ويصير القضاء عليه كالقضاء على الغائب (كما اذا برهن على ذي يد انه اشترى المدعى من فلان الغائب فحكم على الحاضر كان حكما على الغائب) يعني ادعى عينا في يد غيره انه اشتراها من فلان الغائب وأقام البينة على ذي اليد وقضى به ثم حضر الغائب وانكر ذلك لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة لانه صار مقضيا عليه فان المدعى لا يتوصل الى اثبات حقه على الحاضر الا باثباته على الغائب (ولو) كان ما يدعيه على الغائب (شرطا) لما يدعيه على الحاضر (لا) أي لا يكون الحكم على الحاضر حكما على الغائب (اذا كان فيه ابطال حق الغائب) كمن قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فأنت طالق فأقامت زوجة الحالف بينة ان فلانا طلق امرأته ووقع الطلاق عليّ لا تقبل بينتها في الاصح لان فيه ضررا على الغائب لابطال نكاحه بخلاف ما لو لم يتضمن ضررا كما لو علق طلاقها بدخول فلان الدار فانه تقبل لعدم تضمنه ابطال حق الغائب وههنا زيادة تفصيل ذكرت في المنية فمن أرادها فلينظر فيها (واما اذا قضى عليه) أي على الغائب متعلق بقوله لا يقضي على غائب (فقيل ينفذ وقيل لا) قال في العمادية الحكم على الغائب ينفذ عند الشافعي وينفذ عندنا في احدى الروايتين (التركة اذا استغرقت بالدين فولاية البيع للقاضي لا للورثة) اذ لا ملك للورثة فيها فلا يكون لهم ولاية البيع (يقرض) أي القاضي (مال الوقف والغائب واليتيم ويكتب) أي الصك

لذكر الحق (لا الاب والوصي) أي لا يقرض الاب مال ابنه ولا الوصي مال اليتيم والفرق أن في الاقراض مصلحتهم ابقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على التحصيل بخلاف الاب والوصي (قضى بالجور متعمدا واقربه فالغرم عليه في ماله ولو) قضى بالجور (خطأ فعلى المقضي له) كذا في التتارخانية والواقعات للصدر الشهيد (حكما) أي جعل الخصمان بينهما حكما (من صلح قاضيا) أي لم يتصف بما ينافي القضاء (فحكم بينهما ببينة أو اقرار) معنى الحكم بالبينة رفع النزاع بينهما ومعنى الحكم بالاقرار الالزام على المقر بموجبه ذكره في النهاية (أو نكول في غير حد أو قود أو دية على العاقلة ورضيا) بحكمه (صح) الاصل أن حكم المحكم بمنزلة الصلح فما يجوز استيفاؤه بالصلح يجوز التحكيم فيه وما لا فلا واستيفاء الحد والقود والدية لا تجوز بالصلح فلا يجوز التحكيم فيها (ولا يفتى به) أي بصحته (في غير ما ذكر) لئلا يتجاسر العوام فيه (كذا) أي صح (اخباره باقرار أحد الخصمين وبعدالة شاهد حال ولايته) أي بقاء تحكيمه (لا) أي لا يصح اخباره (بحكمه) لانقضاء ولايته كالقاضي المعزول اذا قال قضيت عليك بكذا (ولكل منهما الرجوع قبل حكمه) لانه محكم من جهتهما فيتوقف حكمه على رضاهما فان قيل التحكيم يثبت باتفاقهما فينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما قلنا شرط وجود الشيء لا يجب ان يكون بجميع اجزائه شرطا لبقاء ذلك الشيء كما في البناء (لا بعده) أي لا يصح الرجوع بعد حكمه لانه صدر عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزل لا يبطل قضاؤه (لا يصح حكمه لابويه وولده وزوجته) كحكم القاضي المولى اذ لا تقبل شهادته لهم للتهمة فأولى ان لا يصح قضاؤه لهم (بخلاف حكمهما) أي المولى والمحكم (عليهم) حيث لا يجوز لعدم التهمة فيه (وان حكما رجلين فلا بد من اجتماعهما) حتى لو حكم أحدهما بدون الآخر لم يجز لانه أمر يحتاج فيه الى الرأي والرضا برأي المثنى فيما يحتاج فيه الى الرأي لا يكون رضا برأي الواحد كما في البيع والخلع ونحوهما (رفع حكمه الى المولى ان وافق مذهبه امضاه) اذ لا فائدة في نقضه ثم في احكامه (والا) أي وان خالف (أبطله) فرق بين هذا وبين ما اذا رفع الى القاضي قضية قاض آخر فانه لا يرده وان خالف رأيه اذا كان ذلك في فصل مجتهد فيه ووجهه ان المحكم له ولاية على المحكمين دون غيرهما والقاضي الذي رفع اليه حكمه غيرهما فلا يكون حجة عليه وكان كالصلح فله ان يرده اذا خالف رأيه وأما القاضي فله ولاية على كل الناس فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يكون لهذا القاضي ان يرده اذا صادف القضاء محله بان يكون فصلا مجتهدا فيه (فائدة) اذا غاب المدعى عليه بعد ما سمع القاضي البينة عليه أو غاب الوكيل بالخصومة بعد قبول البينة قبل التعديل أو مات الوكيل ثم عدلت تلك البينة قيل لا يقضي وقيل يقضي وقال شمس الائمة وهذا أرفق بالناس ولو أقر المدعى عليه ثم غاب يقضى عليه باقراره في قولهم وان غاب الوكيل أو مات بعد ما أقيمت عليه البينة ثم حضر الموكل يقضى عليه بتلك البينة وكذا لو غاب الموكل ثم حضر الوكيل فانه يقضى عليه بتلك البينة وكذا لو مات المدعى عليه بعد ما أقيمت عليه البينة يقضى بها على

(قوله لا الاب) هذا على اظهر الروايتين كما في التبيين وقال الرهاوي ولو كان الاب قاضيا لانه لا يقضي لولده فتنتفي العلة المسوغة لجواز اقراضه اهـ وفي اخذه مال طفله قرضا روايتان قاله الزيلعي (قوله حكما من صلح قاضيا) يتناول تحكيم الفاسق والمرأة والكافر في حق الكافر لانه اهل للشهادة في حقه ولذا يجوز تقليده القضاء ليحكم بين اهل الذمة ذكره الزيلعي (قوله أو قود) هذا على ما ذكره الخصاف واجاز في المحيط التحكيم في القصاص ذكره الزيلعي والجوهرة عن الذخيرة (قوله ولا يفتى به أي بصحته في غير ما ذكر لئلا يتجاسر العوام فيه) قال في البرهان ولئلا يذهب مهابة منصب القضاء (قوله فان قيل الخ) اصله من كافي النسفي وتصرف في الجواب بتغيير العبارة بما ادى الى تسمية الركن شرطا وبانعدام الركن يفوت الشيء لان تحكيم كل منهما ركن والاهلية شرط فقوله قلنا الخ المنفي اشتراط اجتماعهما على ابطال التحكيم فينفرد كل منهما بابطاله فقوله كما في البناء متعلق بقوله لا يجب فانه في منصب عليه فلم يكن البقاء مشبها بالابتداء الذي سماه المصنف بناء لما بينته له ولم يأت محشي الكتاب الواني بازيد مما قاله المصنف رحمه الله تعالى (قوله شرطا لبقاء) اقول هذا تحريف من الناقل عن خط المصنف وصوابه شرط انتفاء واوضحته برسالة (قوله ثم عدلت تلك البينة قيل لا يقضي وقيل يقضي) جعل في المبسوط الاول قول محمد والثاني قول الثاني كذا بخط المرحوم العلامة على المقدسي (قوله وقال شمس الائمة وهذا ارفق بالناس الاشارة الى قوله وقيل يقضي وفي شرح المنظومة لابن الشحنة وقال أبو يوسف يقضي عليه قال وهو اختيار الخصاف وقال الحلواني هو ارفق بالناس انتهى والله أعلم

الوارث وكذا لو اقيمت البينة على احد الورثة ثم غاب يقضى بها على الوارث الآخر وكذا لو اقيمت البينة على نائب الصغير ثم بلغ الصغير يقضى بها عليه ولا يكلف باعادة البينة كذا في الخانية

(باب كتاب القاضي)

قال في الهداية باب كتاب القاضي الى القاضي ثم قال فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وقال في النهاية المراد بالخصم هو الوكيل عن الغائب او المسخر الذي جعله وكيلا لاثبات الحق ولو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه لما احتيج الى كتاب قاض آخر لان حكم القاضي قد تم على الاول اقول لا يخفى ما فيه من التكلف والاحسن ان يقال ان قوله فان شهدوا على خصم ليس بمقصود بالذات في هذا الباب بل توطئة لقوله وان شهدوا بغير خصم لم يحكم ونظائره كثيرة وترك ههنا قوله الى القاضي لان هذا الباب غير مختص به بل تبين فيه السجل والمحضر والصك والوثيقة (شهدا على خصم حاضر حكم) اي القاضي (بها) اي بشهادتهما (وكتب به) اي بحكمه (وهو السجل) في المغرب السجل كتاب الحكم وقد سجل عليه القاضي به فالسجل كتاب قاض ذكر فيه حكمه سواء كان منهيه الى قاض آخر او لا الثاني ظاهر والاول يكون في صورة الاستحقاق فان المدعى عليه اذا كان محكوما عليه واراد الرجوع على بائعه وهو في بلدة اخرى وطلب من القاضي ان يكتب حكمه الى قاضي تلك البلدة ليحصل حقه يكتبه القاضي ويكون ايضا سجلا لتضمنه الحكم (او) شهدا (على) خصم (غائب لم يحكم) بتلك الشهادة لما مر ان القضاء على الغائب لا يصح (وكتبها) اي بتلك الشهادة (الى قاض) يكون الخصم في ولايته (ليحكم المكتوب اليه وهو الكتاب الحكمي) سمي به لان المقصود به حكم المكتوب اليه (وكتاب القاضي الى القاضي نقل الشهادة حقيقة) لان مضمونه ذلك (ويقبل فيما لا يسقط بشبهة) احترازا عن الحد والقود لما سيأتي (كالدين) فانه يعرف بالقدر والوصف ولا يحتاج فيه الى الاشارة (والعقار) فانه يعرف بالتحديد ولا يحتاج فيه الى الاشارة (والنكاح) بان ادعى رجل نكاحا على امرأة او بالعكس واراد كتاب القاضي بذلك الى قاض آخر (والطلاق) بان ادعت طلاقا على زوجها (والعتاق والوصية والنسب) من الحي والميت (والمغصوب والامانة والمضاربة المجحودتين والشفعة والوكالة والوفاة والقتل اذا كان موجبه المال) لما سيأتي انه لا يقبل في القود (والوراثة) فان ذلك بمنزلة الدين (وكالمنقول في المختار) انما قال في المختار لما قيل انه لا يقبل في الاعيان المنقولة كالثياب والعبيد والاماء ونحوها للحاجة الى الاشارة فيما ينقل عند الدعوى والشهادة وقال في المحيط رجع ابو يوسف عن القول الاول وقال انه يقبل في العبد لا الامة لان الاباق يغلب في العبيد دون الاماء وعنه انه يقبل فيهما بشرائطه وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون قال القاضي الاسبيجابي وعليه الفتوى كذا في الكافي (لا في حد وقود) اي لا يقبل فيهما لان فيه شبهة البدلية عن الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي

(باب كتاب القاضي)

(قوله لما مر ان القضاء على الغائب لا يصح) يعني لا يحل او لا ينفذ لما قدمه من الاختلاف في النفاذ (قوله ليحكم المكتوب اليه) يعني ان وافق مذهبه لما قال الزيلعي ولو حكم به يعني على الغائب حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ خلاف مذهبه لان الاول محكوم به فلزمه والثاني ابتداء حكم فلا يجوز له اه وهذا اذا كان بينهما مسافة بحيث لا يمكن ذهاب الشاهد وايابه في يومه على المفتى به كما في البرهان (قوله وهو نقل الشهادة حقيقة) يشير الى ما قلناه ان المكتوب اليه يحكم برأيه وان خالف رأيه رأي الكاتب بخلاف السجل فانه ليس له ان يخالفه وينقض حكمه الا انه لا يحتاج الى تعديل الشهود الذين شهدوا في الحادثة وفي الشهادة على الشهادة لا بد من تعديلهم كما في التبيين (قوله وعنه انه يقبل فيهما بشرائطه) هي كان يكلف المدعي انه كان له عبد آبق وهو اليوم في يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف كما ذكره الزيلعي

في اثباتهما (وذكر) عطف على قوله وكتب بها (اسمه) أي اسم القاضي الكاتب (ونسبه واسم المكتوب اليه ونسبه وأسماء الشهود وأنسابهم وان كل واحد منهم شهد غب الدعوى الصادرة عن فلان بن فلان) ولا يصح الاقتصار على قوله غب الدعوى ولا يكفي ان يكتب عمن له ذلك (و) غب (الاستشهاد) حتى اذا شهد شاهد قبل الاستشهاد لا يقبل (شهادة صحيحة متفقة اللفظ والمعنى) قد مر في كتاب الشهادة بيان المراد بالاتفاق لفظا ومعنى (وقرأه) أي القاضي الكاتب (على من أشهدهم) ليعرفوا ما فيه (أو يعلمهم به) ان لم يقرأ عليهم اذ لا شهادة بلا علم (وكتب أسماءهم وأنسابهم) أي أسماء شهود الطريق وأنسابهم (فيه) أي في الكتاب الحكمي فان كونه كتاب القاضي لا يثبت بمجرد شهادتهم بدون الكتابة كذا في الخلاصة (و) كتب (تاريخ الكتاب) ولو لم يكتب فيه التاريخ لا يقبله وان كتب ينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت أم لا ولا يكتفي بالشهادة اذا لم يكن مكتوبا (وختمه عندهم وسلمه اليهم) لئلا يتوهم التغيير وهذا عند أبي حنيفة ومحمد اذ عندهما علم الشهود بما في الكتاب شرط جواز القضاء به (وأبو يوسف لم يشترط ذكر اسم المكتوب اليه ونسبه) بل جوز أن يكتب ابتداء الى كل من يصل اليه كتابي هذا من القضاة (ولا القراءة عليهم وختمه) فسهل في ذلك حين ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة (وعليه المتأخرون) توسعة على الناس فالحاصل ان سجل القاضي الى القاضي لا يكون الا بعد الحكم وكتاب القاضي الى القاضي الذي هو نقل الشهادة لا يكون الا قبل الحكم ويشترط أن يكون الكتاب من معلوم الى معلوم في معلوم أي المدعى المعلوم أي المدعى على معلوم أي المدعى عليه والقياس يأبى جواز العمل بكتاب القاضي لان كتابه لا يكون أقوى من خطابه ولو حضر بنفسه مجلس القاضي المكتوب اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل به القاضي لانه صار واحدا من الرعايا فكذا اذا كتب اليه لكنه جوز فيما يثبت بالشبهات لحاجة الناس اليه اذ قد يكون الشاهد للمرء على حقه في بلدة وخصمه في بلدة أخرى فيتعذر الجمع بينهما ولا يتمكن من أن يشهد على شهادتهما اذ أكثر الناس يعجزون عن أداء الشهادة على الشهادة على وجهها فيحتاج الى نقل الشهادة بالكتاب الى مجلس ذلك القاضي (لا يقبل) أي نقل الشهادة (الا من) قاض (مولى) من قبل السلطان احترازا عن المحكم (ملك الجمعة) أي يقدر على اقامة الجمعة فلا يقبل من قاضي رستاق (ولا يجوز كون شهود الطريق كفارا ولو كان المدعى عليه كافرا) لان شهادتهم ملزمة للحكم على القاضي فتكون حجة عليه ولا عبرة بالخصم (ادعى على غائب مالا وأراد أن يبعث وكيله) لقبضه له (استحلفه) أي المدعي (القاضي) بالله (ما قبضته كلا أو بعضا وما أبرأت ذمته وما نعلم ان رسولا أو وكيلا لك قبض منه) لان ذلك الغائب يحتمل ان يدعي بعد وصول الكتاب اليه انه أدى ذلك المال اليه ولا يكون له بينة فحينئذ يتوجه اليمين على المدعي فاذا حلف قبل يندفع ذلك وتقصر المسافة (فان انقطع الشهود) أي شهود الطريق ولم يصلوا الى المكتوب اليه (أو وصلوا الى المكتوب اليه ووجد الخصم في ولاية قاض آخر اشهدا على شهادتهما)

(قوله شهد غب الدعوى) أي بعد الدعوى (قوله لا يقبل) أي نقل الشهادة الا من قاض الخ) قال الكمال والذي ينبغي أن بعد عدالة شهود الاصل والكتاب لا فرق أي بين أن يكون من قاضي رستاق أو غيره

رجلين (آخرين كما في الشهادة على الشهادة وكتبهما على طريقها) أي الشهادة
على الشهادة (بدلهما) أي بدل الشاهدين الاصليين (فانهاه) أي ما كتب بدلهما
(الى من أنهى اليه الاصل) أي الاصل المكتوب ان كان الخصم في بلده (أو الى
قاض آخر) ان لم يكن فيه (ثم) الى آخر (وثم) الى آخر (الى أن يصل الى من
يكون الخصم تحت ولايته) لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي
الكاتب شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه فقال (ثم انه) أي
من كان الخصم في ولايته سواء كان ابتداء أو انتهاء (لا يقبله) أي نقل الشهادة (الا
بحضور الخصم) لانه بمنزلة أداء الشهادة على الشهادة اذ الكاتب ينقل ألفاظ
الشهود بكتابه الى المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شهود الاصل
بعبارته وكما لا يسمع الشهادة على الشهادة الا بحضرة الخصم فكذا لا يفتح الكتاب
الا بحضرة الخصم بخلاف سماع القاضي الكاتب الشهادة لانه للنقل لا للحكم وهذا
للحكم (قيل ولم يشترطه أيضا أبو يوسف) قال في شرح الاقطع قال أبو يوسف يقبله
من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له أن يقبله
والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به
كذا في غاية البيان (و) لا يقبله أيضا الا (بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لان
الكتاب قد يزور اذ الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم فلا يثبت الا بحجة تامة
وأيضا كتاب القاضي ملزم اذ يجب على المكتوب اليه أن ينظر فيه ويعمل به ولا
الزام الا ببينة (فاذا شهدوا عنده) أي شاهدا الطريق عند القاضي المكتوب اليه
(انه كتاب القاضي فلان بن فلان وعدلوا فتحه) قال في الكافي الصحيح انه انما
يفتح الكتاب بعد ثبوت العدالة فربما يحتاج الى زيادة الشهود وأداء الشهادة انما
يمكن بعد قيام الخصم (وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه ان بقي كاتبه قاضيا فيبطل)
أي كتاب القاضي (ان زال عن القضاء) بموت أو عزل أو زوال أهلية القضاء عنه
(قبل وصوله) أي الكتاب (اليه) لان الاصل ان خبر الواحد لا يقبل وانما قبوله
باعتبار الولاية الشرعية فاذا لم يبق عاد الامر الى الاصل ولهذا لو التقى قاضيان
في عمل أحدهما أو في مصر ليس من عملهما فقال أحدهما للآخر قد ثبت عندي
كذا فاعمل به لم يقبل لانتفاء الولاية (كذا زوال المكتوب اليه عنه) أي عن
القضاء بما ذكر من الاسباب فانه أيضا سبب بطلان كتاب القاضي الكاتب (الا
اذا كتب بعد اسمه) أي اسم المكتوب اليه (والى كل من يصل اليه من قضاة
المسلمين) فانه لما عرف الاول صحت كتابة القاضي اليه فيعمل غيره تبعا له وكم من
شيء يثبت تبعا ولا يثبت قصدا (وان كتبه) أي قوله الى كل من يصل اليه من
قضاة المسلمين (ابتداء) أي بلا تسمية القاضي المكتوب اليه (جوزه أبو يوسف)
فانه توسع بعدما ابتلي بالقضاء (فانه قال الخصم) بعد وصول الكتاب (لست الذي
كتب فيه فعلى المدعي اثباته) باقامة البينة على انه هو أو طعن عند هذا القاضي في
القاضي الذي كتب أو في الشهود والذين شهدوا عليه بالحق عند القاضي الذي كتب
الكتاب وقال لهذا القاضي ائتني بما أوضح به هذا عندك أو قال له سل عن

(قوله قيل ولم يشترطه أيضا أبو يوسف
الخ) يشعر بأنه ضعيف عن أبي يوسف
وقال الزيلعي قال أبو يوسف رحمه الله
تعالى يأخذ القاضي المكتوب اليه
الكتاب بغير بينة ولكن لا يعمل به الا
ببينة وهذا أولى اذ يفيد انه غير ضعيف
وأيضا استدلاله يقيل لا يطابقه (قوله
والحكم بعد ذلك) أي بعد قيام البينة بأنه
كتاب المرسل يقع بما علمه من الكتاب
(قوله قال في الكافي الصحيح الخ) كذا
ذكره الكمال ثم قال وما ذكر محمد رحمه
الله تعالى أصح أي يجوز الفتح قبل ظهورها
أي العدالة بعد الشهادة بأنه كتابه (قوله
وألزمه ما فيه) يعني بعد ثبوت معرفته
عنده بأنه هو المدعى عليه (قوله فيبطل
بموت أو عزل أو زوال أهلية القضاء قبل
وصوله) أي الكتاب اليه يعني قبل
قراءته لا بمجرد وصوله كما في التبيين ولذا
قال الكمال العبارة الجيدة أن يقال أو
مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله
لان وصوله قبل ثبوته عند المكتوب اليه
وقراءته لا يوجب شيأ (قوله فان قال
الخصم لست الذي كتب فيه فعلى المدعي
اثباته) ليس الانكار شرطا بل كذلك
لو أقر انه هو المكتوب فيه لا بد من ثبوت
معرفته عند القاضي لاحتمال التواطؤ

ذلك فانك تجده على ماقلت وقال فيهم ماسقط به عدالتهم بان قال ان الشهود الذين شهدوا عند القاضي الكاتب عليه بالحق عبيد أو محدودون في قذف او من أهل الذمة سمع القاضي هذا الطعن فان أقام على ذلك شاهدين لم يقبل القاضي ذلك الكتاب لان هذه الاشياء ليست بجرح مفرد فلا تمنع قبول الشهادة عليها وبه تبين ان ماذكره في شرح الجامع الصغير في كتاب القضاء انه قيل ان الخصاف ذكر ان الشهادة على الجرح المفرد مقبولة غير صحيح لان هذه الاشياء ليست بجرح مفرد هذا اذا أقام شاهدين وان أقام شاهدا واحدا ذكر في الكتاب ان هذه شبهة يعني انه تمكنت التهمة بشهادة الواحد فتقع الشبهة في القضاء والقضاء مع الشبهة لايجوز فيتفحص فان وجد الامر على ماقاله هذا الواحد فلا يقضي بالكتاب كذا في شرح أدب القاضي للخصاف (وان مات) الخصم (نفذه) اى القاضي الكتاب (على وارثه أو وصيه) لقيامهم مقامه (جاز نقل شهادة شاهد واحد) يعني اذا كان لرجل على رجل آخر في بلدة أخرى دعوى وله شاهد واحد في بلدته وآخر في بلدة المدعى عليه وأراد ان ينقل شهادة من في بلدته ويدعي على ذلك الشخص ويتمسك بكتاب الشهادة وبشاهد هناك جاز (و) جاز (كتب توكيل غائب) يعني اذا كان لرجل على آخر في بلدة أخرى دعوى وأراد أن يوكل رجلا في تلك البلدة ليخاصم من جانبه مع ذلك الرجل جاز أيضا (واختلف في حكمه) اى القاضي (بعلمه) قالوا ان محمدا رحمه الله تعالى اعتبر علم القاضي حتى قال اذا علم القاضي ان زيدا غصب شيأ من المدعي يأخذه من زيد ويدفعه الى المدعي وهذا جواب رواية الاصول وروى ابن سماعة عنه أن القاضي لا يقضي بعلمه وان استفاد العلم في حالة القضاء حتى يشهد معه شاهد واحد قال لعل القاضي يكون غالطا فيما يقول فيشترط مع علمه شاهد آخر حتى يكون علمه مع شهادة شاهد آخر بمعنى شاهدين كذا في العمادية * ثم لما فرغ من ذكر السجل وبيان نقل الشهادة شرع في بيان المحضر وما اعتبر فيه وفي السجل من تمام التبيين وبيان الصك والحجة والوثيقة فقال (والمحضر ما كتب فيه حضور المتخاصمين عند القاضي وما جرى بينهما من الاقرار) من المدعى عليه (أو الانكار) منه (أو الحكم) بعد انكاره (بالبينة) من المدعي (أو النكول) عن اليمين من المدعى عليه (على وجه يرفع الاشتباه وكذا السجل) قال في المحيط البرهاني ان الاشارة في الدعاوى والمحاضر ولفظ الشهادة من أهم مايحتاج اليه وانما كانت أهم قطعا للاحتمال لان المدعي بدعواه يستحق المدعى به على المدعى عليه والشهود بشهادتهم يثبتون استحقاقه ولا يثبت الاستحقاق مع الاحتمال وكذا في السجلات لابد من الاشارة حتى قالوا اذا كتب في محضر الدعوى حضر فلان مجلس الحكم وأحضر مع نفسه فلانا فادعى هذا الذي أحضر عليه لا يفتى بصحة المحضر وينبغي أن يكتب فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره اذ بدونه يوهم انه أحضر هذا وادعى على غيره وكذلك عند ذكر المدعي والمدعى عليه في أثناء المحضر لابد من ذكر هذا فيكتب المدعي هذا والمدعى عليه هذا لان بعض المشايخ كانوا لا يفتون بالصحة بدونه

(قوله سمع القاضي هذا الطعن) شامل لما لو ثبتت العدالة عند القاضي الكاتب واليه أشار الكمال بقوله ثم يذكر اي القاضي الكاتب أنه عرفهم بالعدالة أو عدلوا الا ان الخصم اذا أحضره الثاني قد يكون له مطعن فيهم أو في أحدهم فلابد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن ان كان (قوله وجاز كتب توكيل غائب) لايختص بهذا الباب لصحة الوكالة بدونه وهو الاخبار (قوله واختلف في حكمه اي القاضي بعلمه) المختار عدم حكمه به في زماننا والله أعلم

وكذلك قالوا في السجلات اذا كتب وقضيت بحمد هذا المدعى على أحد هذا
المدعى عليه وكذلك قالوا اذا كتب في المحضر عند ذكر شهادة الشهود وأشاروا
الى المتداعيين لا يفتى بصحته لان الاشارة المعتبرة هي الاشارة عند الحاجة اليها في
موضعها ولعلهم أشاروا الى المدعى عليه عند الحاجة الى الاشارة الى المدعى
وأشاروا الى المدعى عند الحاجة الى الاشارة الى المدعى عليه فيكون ذلك اشارة الى
المتداعيين ولا تكون معتبرة فلا بد من بيان ذلك بأبلغ الوجوه قطعا للاوهام
(والصك ما كتب فيه البيع والرهن والاقرار ونحوها) في المغرب الصك كتاب
الاقرار بالمال وغيره معرب والحجة والوثيقة تتناول الثلاثة يعني السجل والمحضر
والصك لان في كل منها معنى الحجة والوثاقة

﴿مسائل شتى﴾ جمع شتيت بمعنى متفرق (لا يتد ذو سفل فيه) أي في السفل (ولا
ينقب كوة بلا رضا ذي العلو) يعني اذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس
لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا أن ينقب كوة بلا رضا ذي العلو عند أبي
حنيفة رحمه الله تعالى سواء كان مضرا لذي العلو أولا وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو
وعلى هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو أن يبني في العلو بيتا أو يضع جذوعا أو
يحدث كنيفا (زائغة مستطيلة تنشعب عنها زائغة غير نافذة لا يفتح أهل الاولى)
من حائط دارهم (بابا في الثانية) لان فتحه للمرور وليس لهم حق المرور في الزائغة
السفلى بل هو مختص بأهلها لانها بجميع اجزائها ملك لاربابها حتى لو بيع فيها
دار لا يكون لاهل الاولى حق الشفعة فاذا أراد واحد أن يفتح بابا فقد أراد أن يتخذ
طريقا في ملك الغير ويحدث لنفسه حق الشفعة فيها فيمنع من ذلك بخلاف النافذة
لان حق المرور فيها للعامة (بخلاف زائغة مستديرة لزق طرفاها) حيث يجوز له أن
يفتح بابا في حائطه في أي جانب شاء لان هذه سكة واحدة وهي بمنزلة السكة المشتركة
في دار ولكل واحد منهم حق المرور في كلها ولهذا لو بيعت فيها دار كانت الشفعة
للكل على السواء فبفتح الباب لا يحدث لنفسه حقا فلا يمنع (ادعى هبة في وقت
فسئل بينة فبرهن على الشراء بعد وقت الهبة قبل وقبله لا) يعني ادعى دارا في
يد رجل أنه وهبها له وسلمها اليه في وقت كذا فسأله القاضي البينة فقال انه جحدني
الهبة فاشتريتها منه وادعى وقتا بعد وقت الهبة وبرهن عليه يقبل ولو ادعى وقتا
قبل وقت الهبة فبرهن عليه لا يقبل والفرق أن التوفيق في الوجه الاول ممكن فلا
يتحقق التناقض لجواز أن يقول وهب لي منذ شهر ثم جحدني الهبة فاشتريتها منه
منذ أسبوع وفي الوجه الثاني لا يمكن التوفيق فيتحقق التناقض (قال رجل
لآخر اشتريت مني هذه الجارية فأنكر) أي الآخر الشراء (للقائل) أي جاز أن
قال اشتريت (وطؤها) وكان الظاهر أن لا يجوز لاقراره بملك الغير (ان ترك) أي
البائع (الخصومة) لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به فاذا
ترك البائع الخصومة تم الفسخ باقتران العمل به وهو امساك الجارية ونقلها (أقر
بقبض عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف أو نبهرجة صدق مع يمينه وفي الستوقة لا)
أي لا يصدق لان اسم الدراهم يقع على الجياد والزيوف والنبهرجة دون الستوقة

(قوله وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو)
قال الزيلعي قيل ما حكي عنهما تفسير
لقول أبي حنيفة على معنى انه لا يمنع الا
ما فيه ضرر مثل ما قالا وقيل فيه خلاف
حقيقة ولو تصرف صاحب السفل في
ساحة السفل بأن حفر بئرا فعند أبي حنيفة
له ذلك وان تضرر به صاحب العلو
وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر اه
(قوله لا يفتح أهل الاولى بابا في الثانية)
هو الصحيح وقيل لا يمنعون لانه رفع جدارهم
ولهم نقض كله (قوله حتى لو بيع فيها دار
لا يكون لاهل الاولى حق الشفعة فيها)
أي بحق الشركة في الطريق اذ لو كان
جارا ملاصقا كان له الشفعة (قوله
فقال انه جحدني الهبة) ذكر الجحود ليس
شرطا اذ لا فرق بين أن يذكره أو لا فكان
ينبغي حذفه كما في المتن (قوله وادعى
وقتا بعد وقت الهبة الخ) قال الزيلعي ولو
لم يذكر لهما تاريخا أو ذكر لاحدهما
ينبغي أن تقبل بينته لان التوفيق ممكن
بأن يجعل الشراء متأخرا (قوله قال
اشتريت مني هذه الجارية الخ) وللقائل
ردها على بائعها بالعيب القديم بعد ذلك
لتمام الفسخ بالتراضي وفي النهاية اذا عزم
على ترك الخصومة قبل تحليف المشتري
ليس له أن يردها والاشبه أن يكون هذا
التفصيل بعد القبض وأما قبل القبض
فينبغي أن يرد عليه مطلقا لانه فسخ من
كل وجه في غير العقار كذا في التبيين
(قوله ثم ادعى أنها زيوف أو نبهرجة
صدق) عبر بثم اشارة الى أنه لا فرق بين
أن يقوله موصولا أو مفصولا بخلاف
ما اذا قال قبضت دراهم جيادا لا يصدق
في دعواه الزيوف مطلقا مفصولا أو
موصولا كما في التبيين وأشار اليه بقوله
لكن أقر بقبض الجياد

ولهذا يجوز التجوز في الصرف والسلم بالزيوف والنبهرجة لا بالستوقة والقبض لا يختص بالجياد فلا تناقض بين دعوى الزيافة أو النبهرجة وبين الاقرار بقبض الدراهم فيقبل (كمن أقر بقبض الجياد او حقه أو الثمن أو بالاستيفاء) اما الاقرار بالثلاثة الاول فظاهر وأما الاقرار بالاستيفاء فلانه عبارة عن القبض بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه الزيوف ما يرده بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما غلب عليه الغش (قال) رجل (لآخر لك علي ألف فرده) اي قال ليس لي عليك شئ (ثم صدقه) اي قال في مجلسه بل لي عليك ألف (لغا تصديقه بلا حجة) اي لا يكون على المقر شئ لان المقر له اذا قال لا شئ لي عليك فقد رد اقراره والمقر له ينفرد برد الاقرار فملك ابطاله بنفسه فاذا بطل برده التحق بالعدم فاذا ادعى بعده فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه (ادعى خمسة دنانير فقال المدعى عليه أوفيتكها فجاء بشهود يشهدون انه دفع اليه خمسة دنانير لكن لا تدري انها من هذا الدين او غيره جازت شهادتهم وبرئ المدعى عليه) كذا في العمادية (اقام البينة على شرائه واراد الرد بعيب ردت بينة بائعه على براءته من كل عيب بعد انكاره بيعه) يعني اذا ادعى على رجل انه اشترى منه هذه الامة وانكر المدعى عليه البيع فبرهن المشتري عليه ثم وجد بها عيبا قديما واراد ردها فبرهن البائع انه برئ اليه من كل عيب لم يقبل للتناقض بين الكلامين اذ شرط البراءة من العيب تصرف في العقد بتغييره عن اقتضاء صفة السلامة الى غيرها وتغيير العقد من وصف الى وصف بلا عقد محال واذا بطل التوفيق ظهر التناقض وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه يقبل اعتبارا بفصل الدين ولهما ان الدين قد يقضى وان كان باطلا كما مر ولا كذلك هنا (بطل صك كتب ان شاء الله في آخره) اي اذا كتب رجل اقراره بدينه في صك ثم كتب في آخره ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه يعني من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك ان شاء الله بطل الذكر كله عند الامام وعندهما ينصرف الاستثناء الى قوله من قام الخ وقولهما استحسان لان الاصل ان ينصرف الاستثناء الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق ولو صرف الى الكل يكون للابطال وله ان الكل كشئ واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة كقوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت (مات ذمي فقالت عرسه اسلمت بعد موته وقال ورثته بل قبله صدقوا) لان الاسلام ثابت في الحال والحال تدل على ما قبلها كما في مسئلة الطاحونة اذا اختلف المؤجر والمستأجر في جريان الماء وانقطاعه حيث يحكم الحال ويستدل بها على الماضي وهذا ظاهر يعتبر للدفع وان لم يعتبر للاستحقاق (كما في مسلم مات فقالت عرسه اسلمت قبل موته وقالوا بعده) فان القول للورثة ايضا لانها تدعي امرا حادثا والاصل في الحوادث ان يضاف حدوثها الى اقرب الاوقات (قال هذا ابن مودعي الميت لا وارث له غيره دفعها اليه) يعني من مات وله في يد رجل مائة درهم وديعة فقال المودع لرجل آخر هذا ابن الميت لا وارث له غيره فالقاضي يقضي بدفع الوديعة اليه لانه اقر بان ما في يده حق الوارث بطريق الخلافة فصار كما لو اقر

(قوله او حقه او الثمن او الاستيفاء) محل عدم قبول دعواه الزيافة في هذه الثلاثة ما اذا فصل واما اذا وصل ذلك فانه يصدق وقال في النهاية لو اقر بقبض حقه ثم قال انها ستوقة او رصاص يصدق موصولا لا مفصولا وقال ذكره شيخ الاسلام كما في التبيين (قوله الزيوف ما يرده بيت المال) ذكره الزيلعي ثم قال وقيل هي المغشوشة والنبهرجة هي التي تضرب في غير دار السلطان والستوقة صفر مموهة وعن الكرخي الستوقة عندهم ما كان عليه الصفر او النحاس هو الغالب (قوله مات ذمي الخ) جواب ما اورد نقضا على هذا مذكور في التبيين والكافي

(قوله فان اقر بابن آخر له لم يصدق اذا كذبه الاول) قال الزيلعي ويضمن المقر له الثاني نصيبه ان دفع للاول بلا قضاء (قوله
تركة قسمت بين الورثة اوالغرماء بشهود لم يقولوا لانعلم له وارثا وغريما آخر لم يكفلوا) انما قيد بكونها قسمت بالشهادة
ولم يقل الشهود لانعلم له وارثا وغريما

لذكر الخلاف فى اخذ الكفيل واذا ثبت الارث اوالدين بالاقرار فانه

انه حق المورث وهو حى بطريق الاصالة (فان اقر بابن آخر له لم يصدق اذا كذبه الاول) بل يكون المال كله للاول لان هذه شهادة على الاول بعد انقطاع يده عن المال فلا تقبل كما لو كان الاول ابنا معروفا (تركة قسمت بين الورثة اوالغرماء بشهود لم يقولوا لانعلم له وارثا وغريما آخر لم يكفلوا) اى لم يؤخذ منهم كفيل بالنفس عند الامام وقالا يؤخذ لان القاضى نصب ناظرا للغيب والموت قد يقع بغتة فلا يمكن له بيان كل الورثة والغرماء ويجوز ان يكون للميت وارث غائب اوغريم غائب فيجب على القاضى الاحتياط بالتكفيل مبالغة فى الاحياء وتفاديا عن الاتواء وله ان جهالة المكفول له تبطل الكفالة كما مر فى كتابها (ادعى دارا) فى يد رجل (لنفسه ولاخيه الغائب وبرهن عليه أخذ نصف المدعى وترك باقيه مع ذى اليد بلا تكفيله يجحد دعواه أولا) وقالا اذا جحدها ذو اليد أخذها القاضى منه ويجعلها فى يد أمين حتى يقدم الغائب وان لم يجحد ترك النصف الآخر فى يده حتى يقدم الآخر لان الجاحد خائن فيؤخذ منه والمقر أمين فيترك فى يده وله ان اليد الثابتة لاتنزع بلا ضرورة ولا ضرورة لان القضاء وقع للميت بالكل لان الوارث قال هذا ميراث ولا وارث الا بثبوت الملك للمورث واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا ينقض يده كما لو كان مقرا وبطل جحوده بقضاء القاضى والظاهر انه لا يجحد فيما يستقبل لان الحادثة صارت معلومة للقاضى ولذى اليد وجحوده باعتبار اشتباه الامر عليه وقد زال (كذا المنقول فى الاصح) اى اذا كانت الدعوى فى المنقول فقيل يؤخذ منه اتفاقا لاحتياج المنقول الى الحفظ والنزع من يده ابلغ فى الحفظ كيلا يتلفه وأما العقار فمحفوظ بنفسه وقيل المنقول على الخلاف أيضا يعنى يترك النصف فى يد ذى اليد وهذا أصح لانه يحتاج الى الحفظ والترك فى يده أبلغ فى الحفظ لان المال فى يد الضمين اشد حفظا وبالانكار صار ضامنا ولو وضع فى يد عدل كان أمينا فيه فلو تلف لم يضمن وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضى وضع لقطعها لا انشائها (وصيته بثلث ماله تقع على كل شئ و) اذا قال (مالى أوما املكه صدقة يقع على مال الزكاة) والقياس فيهما واحد وهو قول زفر رحمه الله تعالى لان اسم المال عام فيلزمه التصدق بكل ماله كما فى الوصية ولنا ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ثم ما أوجبه الله تعالى من الصدقة المضافة الى مال مطلق كقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة انصرف الى الفضول لا الى كل المال فكذا ما يوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية لانها أخت الميراث لكونها خلافة كالوراثة والارث يجرى فى جميع الاشياء فكذا الوصية (فان لم يجد غيره) اى غير مال الزكاة (أمسك منه قوته فاذا ملك تصدق بقدره) لان حاجته مقدمة ثم ان

يأخذ كفيلا بالاتفاق واذا ثبت بالشهادة وقال الشهود لانعلم له وارثا غيرهم لا يؤخذ منهم كفيل بالاتفاق كما فى التبيين (قوله اى لم يؤخذ منهم كفيل بالنفس عند الامام) وهذا اى اخذ الكفيل شئ احتاط به بعض القضاة وهو ظلم (قوله ولا وارث الا بثبوت الملك للمورث) لعله ولا ارث كما فى عبارة الكافى (قوله وقيل المنقول على الخلاف ايضا) يعنى يترك النصف فى يد ذى اليد هذا عند ابى حنيفة وعندهما يؤخذ فيوضع على يد عدل ولا بد من هذا لكن تركه لقوله ايضا اذ به يعلم ان الخلاف المتقدم كذلك هنا (قوله وهذا اصح) الاشارة الى قوله يعنى يترك النصف فى يد ذى اليد لا الى قوله وقيل المنقول على الخلاف لما يلزم عليه من عدم مطابقته للمدعى وافادته ان الصحة فى ثبوت الخلاف وليس المراد الا ثبوت الصحة لترك النصف فى يد ذى اليد (قوله واذا قال مالى اوما املكه صدقة يقع على مال الزكاة) يعنى على جنس مال الزكاة على الصحيح فيهما وذلك كالسوائم والنقدين وعروض التجارة سواء بلغت نصابا اولم تبلغ قدر النصاب سواء كان عليه دين مستغرق اولم يكن لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها ولا شرائطها وتدخل فيه الارض العشرية عند ابى يوسف لا محمد وذكر فى النهاية قول أبى حنيفة مع محمد ولا تدخل الاراضى الخراجية ولا رقيق الخدمة ولا العقار واثاث المنزل وثياب البذلة وسلاح الاستعمال ونحو ذلك ومن مشايخنا من قال فى قوله ما املك او جميع ما املك فى المساكين صدقة يجب ان يتصدق بجميع ما يملك قياسا واستحسانا وانما القياس والاستحسان فى قوله مالى او جميع مالى صدقة والصحيح هو الاول لان المملك يستعمل لان استعمالا واحدا فيكون النص الوارد فى احدهما واردا فى الآخر فيكون فيه القياس والاستحسان كذا فى ا

كان صاحب حرفة يمسك قوت يوم وان كان صاحب دور وحوانيت يمسك قوت شهر وان كان صاحب ضيعة يمسك قوت سنة وان كان تاجرا يمسك مقدار ما يصل اليه ماله (صح الايصاء بلا علم الوصي لا التوكيل بلا علم الوكيل) يعني اذا اوصى رجل الى آخر ولم يعلم الوصي حتى باع شيأ من التركة فهو وصي وبيعه جائز ولا يصح بيع الوكيل حتى يعلم والفرق ان الوصية استخلاف بعد انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث والتوكيل اثبات ولاية التصرف في ماله لا استخلاف بعده لبقاء ولاية المنوب عنه فلا يصح بلا علم من يثبت له الولاية (فلو علم الوكيل ولو من فاسق صح تصرفه) لان الاعلام بالوكالة اثبات حق للوكيل ليستوفيه ان شاء وليس فيه الزام ليشترط شرائط الالزام (ويشترط لعزله خبر عدل او مستورين كعلم السيد بجناية عبده والشفيع بالبيع والبكر بالنكاح ومسلم لم يهاجر بالشرائع) لان الخبر بهذه الجملة يشبه التوكيل من حيث ان المتصرف يتصرف في ملكه ويشبه الالزامات لما فيه من ضرر يلزم الآخر من حيث منعه عن التصرف فوجب ان يشترط احد شطري الشهادة وهو العدد او العدالة توفيرا على الشبهين حقهما (باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد) من يد المشتري (لم يضمن) اي القاضي او امينه لانه بمنزلة الامام فانهم يحتاجون الى امثال هذا كثيرا فلو رجع الحقوق اليهم لتقاعدوا عن اقامتها فتختل مصالح الناس (ورجع المشتري على الغرماء) لانه عقد لم يرجع عهدته على العاقد فتجب على من يقع له العقد والبيع واقع للغرماء فتكون العهدة عليهم كما لو كان العاقد صبيا او عبدا محجورين وقد توكلا عن غيرهما بالبيع فان الحقوق ترجع الى الموكل (وان باع الوصي لهم) اي للغرماء (بأمر القاضي وقبض ثمنه وضاع من يده واستحق العبد او مات قبل قبضه) اي الثمن (رجع المشتري على الوصي) لان الرجوع بالثمن من حقوق العقد وحقوقه ترجع الى العاقد وهو الوصي نيابة عن الميت لانه وان نصبه القاضي فانما نصبه ليكون قائما مقام الميت لا ليكون قائما مقام القاضي وحقوق العقد ترجع اليه لو باشره في حياته فكذا ترجع الى من قام مقامه (وهو) اي الوصي (عليهم) اي يرجع على الغرماء لانه باع لهم فكان عاملا لهم ومن عمل لغيره عملا ولحقه فيه ضمان يرجع على من وقع له العمل ولو ظهر بعده للميت مال رجع الغريم فيه بدينه لانه لم يصل اليه وقيل لا يرجع ايضا بما غرم للوصي من الثمن لان الضمان وجب عليه بفعله لان قبض الوصي كقبضه والاصح انه يرجع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه كذا في الكافي (القاضي اخرج الثلث للفقراء ولم يعطهم اياه حتى هلك كان من مالهم) اي الفقراء (والثلثان للورثة) كذا في الواقعات ووجهه ما مر (امرك قاض عالم عدل برجم او قطع او ضرب قضى به على شخص وسعك فعله) وقال محمد رحمه الله تعالى آخرا لا يقبل قوله حتى تعاين الحجة لان قول القاضي يحتمل الغلط والتدارك لا يمكن وكثير من مشايخنا اخذوا به فقالوا ما احسن هذا في زماننا لان القضاة قد فسدوا فلا يؤتمنون

(قوله فلو علم الوكيل ولو من فاسق صح تصرفه) كذا ولو من صغير مميز ولو كافرا كما في التبيين (قوله ويشترط لعزله خبر عدل) هذا عند ابي حنيفة لما فيه من الالزام وقالا رحمهما الله تعالى لا يشترط في المخبر الا التمييز لانه من المعاملات وهذا في العزل القصدي اذا بلغه العزل اما قبله فهو على وكالته بالاجماع واذا كان العزل حكميا لا يشترط العلم (قوله ومسلم لم يهاجر بالشرائع) قال الزيلعي والاصح انه يقبل فيه خبر الفاسق حتى يجب عليه الاحكام بخبره لان المخبر رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله عليه الصلاة والسلام الا فليبلغ الحديث وفي الرسول لا يشترط العدالة (قوله باع القاضي الخ) كذا لو قبض الثمن وضاع في يده وهلك العبد قبل التسليم الى المشتري لا يضمن القاضي ولا امينه الثمن (قوله وان باع الوصي لهم الخ) لا فرق فيه بين وصي الميت ومنصوب القاضي (قوله او مات قبل قبضه اي الثمن رجع المشتري على الوصي) صوابه ان يفسر الضمير في قبضه بالمثمن الذي هو المبيع لا بالثمن لانه اذا مات العبد المبيع قبل قبض ثمنه لا يصح ان يقال يرجع المشتري بالثمن على الوصي ولم يقع هذا التفسير للضمير في الكافي لان عبارته ولو امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء فباعه لهم وقبض المال وضاع من يده واستحق العبد او مات قبل القبض رجع المشتري على الوصي اه (قوله وقيل لا يرجع ايضا بما غرم للوصي) ينبغي حذف لفظة ايضا الا ان القول الثاني ليس حكمه كالاول ولم تقع في الكافي على ما رايت فقوله كذا في الكافي ليس الا على ما ذكرنا

على نفوس الناس ودمائهم وأموالهم الا فى كتاب القاضى الى القاضى فانهم
أخذوا فيه بظاهر الرواية للضرورة وجه ظاهر الرواية فى الاولى ان القاضى أمين
فيما فوض اليه ونحن أمرنا بطاعة أولى الامر وطاعته فى تصديقه وقبول قوله وقال
الشيخ أبو منصور ان كان القاضى عالما عادلا يجب قبول قوله لظاهر الامر وعدم
تهمة الخطأ أو الخيانة (وصدق عدل جاهل مثل فأحسن تفسيره) بان يقول فى الزنا
انى استفسرت المقربه كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ويقول فى حد
السرقة انه ثبت عندى بالحجة انه أخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وفى القصاص انه
قتل عمدا بلا شبهة فحينئذ يجب تصديقه وقبول قوله (ولم يقبل قول غيرهما) وهو
جاهل فاسق وعالم فاسق لتهمة الخطأ بالجهل والخيانة بالفسق (الا ان يعاين سبب
الحكم) يعنى سببا شرعيا فحينئذ يقبل قوله لانتفاء التهمة (صدق معزول قال لزيد
أخذت منك ألفا قضيت به لبكر ودفعت اليه أو قال قضيت بقطع يدك فى حق
وادعى زيد أخذه وقطعه ظلما وأقر) أى زيد (بكونه فى قضائه) يعنى اذا قال
قاض معزول لرجل أخذت منك ألف درهم ودفعته الى زيد وقضيت به عليك
فقال الرجل أخذت ظلما فالقول للقاضى بلا يمين وكذا لو قال قضيت بقطع يدك
بحق وقال فعلته ظلما فالقاضى يصدق بكل حال اذا كان المأخوذ منه ماله أو
المقطوع يده مقرا بكونه حال قضائه لانه لما أقر به صار مقرا بشهادة الظاهر
للقاضى لان فعل القاضى على سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان فيجعل القول
قوله بلا يمين اذ لو لزمه اليمين صار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ ولو أنكر كونه قاضيا
يومئذ وقال فعلته قبل التقليد أو بعد العزل فالقول قول القاضى أيضا فى الصحيح لانه
اذا عرف انه كان قاضيا صحت اضافة الاخذ الى حالة القضاء لانها معهودة وهى
منافية للضمان فصار القاضى بالاضافة الى تلك الحالة منكرا للضمان فكان
القول قوله كما لو قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون وجنونه كان معهودا

﴿كتاب القسمة﴾

لا يخفى وجه المناسبة بين كتاب القضاء وكتاب القسمة (هى) لغة اسم للاقتسام
كالقدوة للاقتداء وشرعا (تمييز بين الحقوق الشائعة) بين المتقاسمين (وركنها
فعل يحصل به التمييز) بين الانصباء كالكيل والوزن والعدد والذرع فى الكيلى
والوزنى والعددى والذرعى (وسببها طلب الشركاء أو أحدهم الانتفاع بحصته)
حتى اذا لم يوجد منهم الطلب لم تصح القسمة (وشرطها عدم فوت المنفعة) فانها
افراز ما لكل واحد قبل القسمة من الملك والمنفعة وانما يتحقق هذا اذا بقى المفرز
على ما كان قبل الافراز بأصله ومنافعه وأما اذا تبدل فيكون تبديلا لا افرازا
(وحكمها تعيين نصيب كل على حدة) لانه الاثر المترتب عليها (ولا تعرى مطلقا)
أى سواء كانت فى المثليات أو القيميات (عن معنى افراز هو أخذ عين حقه
و) معنى (مبادلة هى أخذ عوض عنه) أى عن حقه اذ ما من جزء معين الا وهو
مشتمل على النصيبين فكان ما يأخذه كل منهما نصف ملكه ولم يستفد من صاحبه
فكان افرازا والنصف الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما فى يد صاحبه

(قوله الا فى كتاب القاضى الى القاضى)
جواب عما ذكر قبله اما على قول محمد
لانه قال فى الكافى وعلى قياس هذه
الرواية لا يقبل كتاب القاضى الى
القاضى عند محمد ثم ذكر كما هنا (قوله
وجه ظاهر الرواية فى الاولى) أى فى أمر
القاضى (قوله وقال الشيخ أبو منصور الخ)
هذا وفى الذخيرة القضاة أربعة عالم
عادل وعالم جائر وجاهل عادل وجاهل
جائر فيقبل قول الاول مجملا ومفسرا
والثالث مفسرا لا مجملا لا الثانى والرابع
مجملا ومفسرا والله أعلم

﴿كتاب القسمة﴾

(قوله وركنها فعل) قال الشيخ على المقدسى
رحمه الله تعالى أقول فى جعل الركن
ما ذكر من الكيل والوزن نظر لانهم
اختلفوا فى أن أجرة القسمة على الرؤس
أو الانصباء واتفقوا على أن الكيل ونحوه
على الانصباء تأمل اه (قوله وشرطها
عدم فوت المنفعة) أى شرط لزومها بطلب
أحد الشركاء ولذا قال فى البرهان فلهذا
لا يقسم حائط وحمام ونحوهما بطلب
أحدهما اه

فكان مبادلة (وان) وصلية (غلب الاول) اى معنى الافراز والتمييز (فى المثليات) وهى المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة لان ما يأخذه مثل حقه صورة ومعنى فامكن ان يجعل عين حقه (وان) غلب (الثانى) اى معنى المبادلة (ف غيرها) يعنى الحيوانات والعروض لوجود التفاوت بين أبعاضها فلا يمكن ان يجعل كأنه أخذ حقه وفرع على ما ذكر بقوله (فيأخذ شريك حصته بغيبة صاحبه فى الاول) لكونه عين حقه (لا الثانى) لكونه غير حقه (ولمعنى الافراز يجبر عليها فى متحد الجنس) من غير المثليات فقط (عند طلب أحدهم) يعنى ان المبادلة لما كانت غالبة فى القيميات كالحيوانات والعروض كان ينبغى ان لا يجبر على القسمة فيها لكن يجبر عليها لما فيها من معنى الافراز فان أحدهم بطلبه القسمة يسأل القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الآخر عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضى اجابته وان كانت أجناسا مختلفة لا يجبر القاضى على قسمتها لتعذر المبادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد ولو تراضوا جاز لان الحق لهم (ويستحب نصب قاسم برزق من بيت المال) لان الاصح ان القسمة من جنس عمل القضاء لتمام قطع المنازعة بها فاشبه رزق القاضى (وصح نصبه بأجر على عدد الرؤس) اى رؤس المتقاسمين عند الامام لان النفع لهم على الخصوص وعندهما على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيقدر بقدره وله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فتعذر اعتباره فيتعلق الحكم بأصل التمييز ثم ان الاجر هو أجر المثل وليس له قدر معين فان باشر القاضى بنفسه القسمة فعلى رواية كون القسمة من جنس عمل القضاء لا يجوز له أخذ الاجر وعلى رواية عدم كونها منه جاز (ويجب كونه عدلا عالما بها) أى بالقسمة لانه ان كان من جنس عمل القضاء فلا بد من القدرة وهى بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالعدالة (ولا يعين واحدا لها) اذ لو تعين يتحكم بالزيادة على أجر مثله (ولا يشترك القسام) لئلا يتواضعوا على مغالاة الاجر فيؤدى الى الاضرار بالناس (وصحت برضا الشركاء) لولايتهم على أنفسهم وأموالهم (الا عند صغر أحدهم) فحينئذ لا تصح بل يحتاج الى أمر القاضى لقصوره ولا يتهم عنه (قسم نقليا ادعوا ارثه أو عقارا ادعوا شراءه أو ملكه مطلقا ولو ادعوا ارثه عن زيد لا) أى لا يقسم (حتى يبرهنوا على موته وعدد ورثته) لا خلاف فى الاولين وفى هذا خلاف الامامين لهما انه فى أيديهما وهو دليل الملك والاقرار أمارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما فى المنقول الموروث والعقار المشترى والبينة لا تفيد لانها على المنكر لكنه يذكر فى

(قوله ولمعنى الافراز يجبر عليها فى متحد الجنس من غير المثليات فقط عند طلب أحدهم) فيه تأمل لانه يوهم انه فى متحد الجنس المثلى لا يجبر الآبى على القسمة وهو خلاف النص وأطلق الجبر فى متحد الجنس القيمى ولا يشمل العبيد فى غير المغنم لان رقيق المغنم يقسم بالاتفاق ورقيق غير المغنم لا يقسم بطلب أحدهم ولو كان اماء خلصا أو عبيدا خلصا عند أبى حنيفة والفرق لابى حنيفة بين الرقيق وغيره من متحد الجنس فحش تفاوت المعانى الباطنة كالذهن والكياسة وبين الغانمين وغيرهم تعلق حق الغانمين بالمالية دون العين حتى كان للامام بيع الغنائم وقسم ثمنها كما فى التبيين (تنبيه) زرع بينهما فى أرض لهما أراد قسمة الزرع دون الارض وقد سنبل لا يجوز لانه مجازفة وهى لا تجوز فى الاموال الربوية قاله ابن الضياء ويخالفه قول قاضيخان وان كان الزرع قد أدرك وشرط الحصاد جازت القسمة عند الكل اهـ فلينظر ما بين النقلين (تنبيه آخر) لم يتعرض المصنف لثبوت الخيار وقال فى الفتاوى الصغرى القسمة ثلاثة أنواع قسمة لا يجبر الآبى كقسمة الاجناس المختلفة وقسمة يجبر الآبى فى ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات وقسمة يجبر الآبى فى غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم والخيارات ثلاثة خيار شرط وخيار عيب وخيار رؤية ففى قسمة الاجناس المختلفة تثبت الخيارات الجميع وفى قسمة ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية وفى قسمة غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم يثبت خيار العيب وهل يثبت خيار الرؤية والشرط على رواية أبى سليمان يثبت وهو الصحيح وعليه الفتوى وعلى رواية أبى حفص لا يثبت وما ذكر فى الجامع الصغير انه لا خيار فى القسمة ذكرنا انه غير صحيح ان أراد به النوع الاول وان أراد به النوع الثانى فهو صحيح لكن قرن به الشفعة فدل أنه أراد به النوع الثالث فيكون صحيحا على رواية أبى حفص اما على رواية أبى سليمان وهو الصحيح لا فى باب الخيار من قسمة شرح الكافى اهـ (قوله وصح نصبه بأجر) يعنى صح نصبه ليقسم بأجر (قوله وعندهما على قدر الانصباء) هو رواية عنه وروى عنه الحسن انها على طالب القسمة دون الممتنع لنفعه وضرر الممتنع كما فى البرهان (قوله ولا يعين واحدا لها) لهذا المعنى لا يجبرهم الحاكم على استئجار القسام

ملك القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يكون قضاء على شريك آخر لهم وله ان الميت يصير مقضيا عليه بقسمة القاضي وقول الشركاء ليس بحجة عليه فلابد لهم من اقامة البينة ليثبت بها القضاء على الميت فان التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل ثبوت حقه في الزوائد كالولد ملكه وارباحه حتى يقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه فيما يحدث بعده من الزوائد فكان هذا قضاء على الميت بقطع حقه فلابد من البينة ويصير بعضهم حينئذ مدعيا والبعض خصما وان كان مقرا (و) لا (ان برهنا انه) أي العقار (معهما حتى يبرهنا انه لهما) يعني ان ادعوا الملك في العقار ولم يذكروا كيف انتقل اليهم لم يقسمها حتى يقيما البينة انه لهما لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان القسمة ضربان لحق الملك تكميلا للمنفعة ولحق اليد تتميما للحفظ وامتنع الاول هنا لعدم الملك وكذا الثاني للاستغناء عنه لانه محفوظ بنفسه كذا في الكافي (برهنا على الموت وعدد الورثة وهو) أي العقار (معهم وفيهم صغير أو غائب قسم ونصب قابض لهما) هو وصي من الطفل ووكيل من الغائب لان في هذا النصب نظرا للغائب والصغير ولابد من اقامة البينة على اصل الميراث في هذه الصورة عنده أيضا بل أولى لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير بقولهم وعندهما يقسم بينهم باقرارهم ويعزل حق الغائب والصغير ويشهد انه قسمها بينهم باقرار الكبار الحضور وان الغائب أو الصغير على حجته (وان برهن واحد من الورثة أو شروا) أي الشركاء (وغاب أحدهم أو كان) أي العقار (مع الوارث الصغير أو الغائب أو) كان معه (شيء منه) أي من العقار (لا) أي لا يجوز القسمة أما الاول وهو عدم جواز القسمة اذا برهن واحد فلانه ليس معه خصم وهو وان كان خصما عن نفسه فليس أحد خصما عن الميت وعن الغائب وان كان خصما عنهما فليس أحد يخاصمه عن نفسه ليقيم البينة عليه بخلاف ما لو كان الحاضر من الورثة اثنين حيث تكون القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين وأما الثاني وهو عدم جواز القسمة اذا شروا وغاب أحدهم فالفرق بين الارث والشراء فان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب على بائع المورث ويرد عليه بالعيب ويصير مغرورا بشراء المورث حتى لو وطئ أمة اشتراها مورثه فولدت فاستحقت رجع الوارث على بائع مورثه بثمنها وقيمة الولد للغرور من جهته فانتصب أحدهم خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتقاسمين وأما الملك الثابت بالشراء لكل واحد منهم فملك جديد بسبب باشره في نصيبه ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فحينئذ تكون البينة في حق الغائب قائمة بلا خصم فلا تقبل وأما الثالث وهو عدم جواز القسمة اذا كان العقار مع الوارث الصغير أو الغائب أو شيء منه فلان هذه القسمة قضاء على الغائب أو الصغير الحاضر باخراج شيء مما كان في يده عن يده بلا خصم حاضر عنهما (وقسم بطلب أحدهم ان انتفع كل بحصته وبطلب ذي

(قوله ولا ان برهنا انه أي العقار معهما حتى يبرهنا انه لهما) كذا في الكنز وقال الزيلعي رحمه الله تعالى والمصنف رحمه الله تعالى ذكر هذه المسئلة بينهما قبيل هذا بقوله ودعوى الملك لان المراد فيها أن يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيه اقامة البينة على أنه ملكهم وهو رواية القدوري رحمه الله تعالى وشرطه هنا وهو رواية الجامع الصغير وكان ينبغي أن يبين اختلاف الروايتين بأن يقول في الجامع الصغير كذا وفي مختصر القدوري كذا لان الصورة متحدة غير أن فيها اختلاف الروايتين كما رأيت وفي مثله تبين الروايات ولا يذكرون كل واحدة على حدة لان ذلك يوهم اختلاف الصور على أنه لا يليق في مثل هذا المختصر الا ذكر احدى الروايتين اهـ (قوله ونصب قابض لهما) قال ابن الضياء في شرح المجمع اعلم أن القاضي انما ينصب عن الصبي الحاضر أما اذا كان غائبا فلا اهـ وقال الشيخ علي المقدسي رحمه الله تعالى وهو منقوض بالغائب البالغ فتأمل اهـ (قوله بخلاف ما لو كان الحاضر من الورثة اثنين) شامل لما لو كان أحدهما صغيرا على ما قال قاضيخان لو جاء البالغ مع صغير نصب القاضي عن الصغير من يقسم ويأمره بالقسمة (قوله وأما الثالث وهو عدم جواز القسمة الخ) هو الصحيح فلا فرق بين اقامة البينة وعدمها وفي بعض روايات المبسوط وغيره يقسم اذا أقام الحاضرون البينة على الموت وعدد الورثة كما في التبيين

الكثير فقط ان لم ينتفع الآخر لقلة حصته) يعنى اذا انتفع كل من الشركاء بنصيبه قسم بطلب أحدهم لان فى القسمة تكميل المنفعة وكانت حقا لازما فيما يحتملها اذا طلب أحدهم وان انتفع أحدهم بنصيبه اذا قسم وتضرر الآخر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم كذا ذكر الخصاف وذكر الجصاص عكسه وذكر الحاكم فى مختصره ان أيهما طلب القسمة قسم القاضى قال فى الخانية وهو اختيار الشيخ الامام المعروف بخواهرزاده وعليه الفتوى وقال فى الكافى ماذكره الخصاص أصح وفى الذخيرة وعليه الفتوى (لا) أى لا يقسم (ان تضرر كل لقلة الابطلبهم) لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفويتها فيعود على موضوعها بالنقض وتجوز بالتراضى لان الحق لهم (ولا الجنسين بالتداخل) يعنى لا يقسم الجنسين بادخال بعضه فى بعض بان أعطى أحد المتقاسمين بعيرا والآخر شاتين مثلا جاعلا بعض هذا فى مقابلة ذاك اذ لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فيعتمد التراضى دون الجبر لان ولاية الاجبار للقاضى تثبت بمعنى التمييز لا المعاوضة (و) لا (الرقيق) يعنى اذا كان الرقيق وهو العبيد والاماء بين اثنين وطلب أحدهما القسمة فلا يخلو اما أن يكون مع الرقيق شئ آخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب أولا فان كان صح القسمة فى قولهم جميعا على الاظهر أما عندهما فظاهر وأما عند أبى حنيفة فيجعل الذى مع الرقيق أصلا فى القسمة جبرا و يجعل الرقيق تابعا له فى القسمة وقد ثبت الحكم لشئ تبعا وان لم يثبت قصدا كالشرب فى البيع والمنقولات فى الوقف وان لم يكن فان كانوا ذكورا أو اناثا لم يقسم الا برضاهما وان كانوا ذكورا واناثا لا يقسم القاضى بينهما عند أبى حنيفة ولا يجبرهما على ذلك وقالا يجبرهما عليه لاتحاد الجنس كما فى الابل والغنم وله أن التفاوت فى الآدمى فاحش لتفاوت المعانى الباطنة كالذهن والكياسة ونحوهما فلا يكون ذلك قسمة وافرازا بخلاف سائر الحيوانات فان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا يرى أن الذكر والانثى من بنى آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد (و) لا (الجواهر) قيل اذا اختلف الجنس كاللآلى واليواقيت لا يقسم لان الجنس لما اختلف لم يتحقق معنى القسمة وهو تكميل المنفعة وقيل لا يقسم الكبار منها لفحش التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل الجواب يجرى على اطلاقه لان جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق ولهذا لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها لا تصح التسمية ولو خالع أو تزوج على عبد يصح فأولى أن لا يجبر على القسمة (و) لا (الحمام والبئر والرحى الا برضاهم) وكذا الحائط بين الدارين لان القسمة لتكميل المنفعة فاذا لم يكن كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا لا يتحقق معنى القسمة فلا يقسم القاضى بخلاف التراضى لالتزامهم الضرر (دور مشتركة أو دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل وحده) ههنا أمور ثلاثة الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازقة كانت أو متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة الا بالتراضى والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها فى معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة فى دار واحدة متلاصقا بعضها ببعض قسمت

(قوله قال فى الخانية وهو اختيار الشيخ الامام الخ) هو كذلك الا انه صورها فى دار

قسمة واحدة والافلالان المنزل فوق البيت ودون الدار فالتحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت متباينة وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي الى اعدل الوجوه ويمضي بها على ذلك وأما الدور والضيعة أو الدور والحانوت فيقسم كل منها وحدها لاختلاف الجنس * ثم لما فرغ من بيان القسمة وبيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة فقال (ويصور القاسم ما يقسم) أي ينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه على القرطاس ليمكنه حفظه (ويعدله) أي يسويه على سهام القسمة (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم بناءه) اذ ربما يحتاج اليه بالآخرة (ويفرز كل قسم بطريقه) أي يميزه عن الباقي بطريقه (وشربه) لئلا يكون لنصيب بعضهم تعلق بنصيب الآخر فيتحقق معنى التمييز والافراز على الكمال (فاذا كان) أي ما يقسم (بين جماعة لهم سدس وثلث ونصف مثلا يجعله) أي يجعل ما يقسم (ستة أسهم ويلقب الاول بالسهم الاول وما يليه بالثاني والثالث الى السادس ويكتب أساميهم ويجعلها قرعة فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول فان كان صاحب السدس أخذ حقه وان كان صاحب الثلث أخذه وما يليه وان كان صاحب النصف أخذه والذين يليانه ولا يدخل دراهم ليست من التركة في القسمة الا برضاهم) صورته دار بين جماعة فأرادوا قسمتها وفي أحد الجانبين فضل بناء فأراد أحد الشركاء أن يكون عوض البناء دراهم وأراد الآخران يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء من الارض ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه أن يرد بازاء البناء من الدراهم الا اذا تعذر فحينئذ للقاضي ذلك لان القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم في الدار لا في الدراهم فلا يجوز قسمة ما ليس بمشترك (فان وقع مسيل قسم) هذا مرتبط بقوله ويفرز كل قسم بطريقه وشربه وما بينهما من متممات الاول (أو طريقه في قسم الآخر بلا شرط فيها) أي في القسمة (صرف) أي المسيل أو الطريق (عنه) الى القسم الاول (ان أمكن) ليحصل معنى القسمة وهو قطع الشركة وتكميل المنفعة بلا ضرر (والا فسخت) أي القسمة لان المقصود وهو ما ذكرنا لم يحصل فتفسخ وتستأنف على وجه يمكن لكل منهما أن يجعل مسيلا أو طريقا (جاز شهادة القاسمين عند اختلاف المتقاسمين) في القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي لا تجوز لانها شهادة على فعل

(قوله وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي) قال الزيلعي هذا اذا كانت الدور كلها في مصر واحد وأما اذا كانت في مصرين لا يقسم على هذا بالاجماع فيما رواه هلال وعن محمد أنها تقسم (قوله ويصور القاسم ما يقسم) هو أن يكتب على قرطاس أن فلانا نصيبه كذا وفلانا كذا (قوله ويعدله) بالدال المهملة وروى يعزله بالزاي أي يقطعه بالقسمة عن غيره (قوله ويذرعه) شامل للبناء لما قال الزيلعي ويذرعه ويقوم البناء لان قدر المساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ولا بد من معرفتهما ليمكنه التسوية في المالية ولا بد من تقويم الارض وذرع البناء اهـ ٤٢٤ (قوله ويفرز كل قسم) بيان للأفضل فان لم يفرزه أو لم يمكن جاز كما في التبيين (قوله فاذا كان أي ما يقسم بين جماعة الخ) أصل هذا أن ينظر في ذلك الى أقل الانصباء فيجعلها من جنسه حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها أثلاثا أو ربعا جعلها أرباعا وهكذا (قوله وان كان صاحب الثلث أخذه وما يليه) ثم اذا خرج عقبه لصاحب السدس أخذ الثالث وتعين ما بقي لصاحب النصف أو النصف أخذه الخامس وتعين الباقي لصاحب السدس (قوله ولا يدخل دراهم ليست من التركة في القسمة الا برضاهم) كون الدراهم ليست من التركة غير محترز به عما لو كانت من التركة اذ لا يدخلها مطلقا في القسمة الا برضاهم فلو قال كالكنز ولا يدخل في القسمة الدراهم الا برضاهم لكان أولى وهذا اذا لم يتعذر أما اذا تعذر فحينئذ له ذلك وفي بعض الحواشي قال في الينابيع لا يدخل الدراهم يريد اذا أمكنته القسمة بدونها أما اذا لم يمكن عدل أضعف الانصباء بالدراهم والدنانير وفي بعض النسخ وينبغي للقاضي أن لا يدخل الدراهم والدنانير فان فعل ذلك جاز وتركه أولى وقال في البدائع وينبغي أن لا يدخل في قسمة الدار ونحوها الدراهم الا اذا كان لا يمكن القسمة الا كذلك لان محل القسمة الملك المشترك ولا شركة في الدراهم فلا يدخلها في القسمة الا عند الضرورة ومثله في الايضاح (قوله بلا شرط فيها) قيد به لانهم لو شرطوا في القسمة ان ما أصاب كل واحد فهو له بحقوقه لا تفسخ القسمة وترك الطريق والمسيل على حاله لانه يكون حقا له في نصيب الآخر كذا في شرح المجمع (قوله جاز شهادة القاسمين) احترز به عن شهادة قاسم واحد لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير كما في التبيين (قوله عند اختلاف المتقاسمين في القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وذلك بأن انكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه فشهد القاسمان أنه استوفى حقه قبلت عندهما (قوله وعند محمد الخ) هو قول أبي يوسف الاول وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقال الطحاوي رحمه الله تعالى اذا قسما بأجر لا تقبل شهادتهما بالاجماع واليه مال بعض المشايخ والاصح أنها تقبل مطلقا كما في شرح المجمع

أنفسهما فتبطل ولهما انها شهادة على فعل غيرهما باستيفاء حقهما (سفل ذو علو وسفل وعلو مجردان عن العلو والسفل قوم كل وحده وقسم بها) أي بالقيمة لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والسرداب والاصطبل وغير ذلك فصارا كالجنسين فلا يمكن التعديل الا بالقيمة (أقر احد المتقاسمين بالاستيفاء ثم ادعى الغلط) في القسمة وزعم أن بعضا مما أصابه في يد صاحبه وقد كان أشهد على نفسه بالاستيفاء (لا يصدق الا بحجة) لان القسمة بعد تمامها عقد لازم فدعوى الغلط يدعي لنفسه حق الفسخ بعد لزوم سبب ظهور العقد فلا يقبل الا بحجة فان لم توجد استحلف الشركاء لانهم لو اقروا لزمهم وان انكروا حلفوا عليه لرجاء النكول فمن حلف منهم تخلص ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي فيقسم بينهما على قدر نصيبهما لان الناكل كالمقر واقراره حجة عليه دون غيره قالوا ينبغي أن لا يسمع دعواه أصلا للتناقض واجيب بان القاسم أمين وهو اعتمد على قوله فاقر ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق (وان قال) أي احد الشريكين (قبضته) يعني نصيبه (فأخذ شريكي بعضه وانكر) أي شريكه (حلف) لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر والقول للمنكر مع اليمين (وان قال قبل اقراره) بالاستيفاء (أصابني من كذا الى كذا ولم يسلمه الي تحالفا وفسخت) أي القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع كما ذكر في أحكام التحالف في الدعوى ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا اعتبار به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل (ولو اقتسما دارا وأصاب كلا طائفة فادعى أحدهما بيتا في يد الآخر انه من نصيبه وانكر الآخر فعليه البينة) لانه يدعي عليه حقا وهو منكر (وان اقاماها فالعبرة لبينة المدعي) لانه خارج (وان استحق بعض معين من نصيبه لا تفسخ القسمة) اتفاقا (وفي استحقاق بعض شائع في الكل تفسخ) أي القسمة اتفاقا (وفي استحقاق بعض شائع من نصيبه لا تفسخ عند أبي حنيفة) أي لا تفسخ لكن له ولاية الفسخ (بل يرجع في نصيب شريكه) خلافا لابي يوسف فانه يقول تنتقض القسمة وما بقي في أيديهما يكون بينهما نصفين وقول محمد مضطرب والاصح انه مع أبي حنيفة كذا في الكافي (ظهر دين في التركة المقسومة تفسخ) أي القسمة (الا اذا قضوه) أي الورثة الدين (أو أبرأ الغرماء) ذمم الورثة (أو بقي منها ما يفي به) أي بالدين يعني اذا قسمت التركة بين الورثة ثم ظهر دين محيط قيل للورثة اقضوه فان قضوا صحت القسمة والا فسخت لان الدين مقدم على الارث فيمنع وقوع الملك لهم فيها الا اذا قضوا الدين أو أبرأ الغرماء ذممهم فحينئذ تصح القسمة لزوال المانع وكذا اذا لم يكن محيطا لتعلق حق الغرماء بها الا اذا بقي منها ما يفي بالدين فحينئذ لا تفسخ لعدم الاحتياج اليه (ولو ظهر غبن فاحش في القسمة بالقضاء يبطل) عند

وفي المستصفى شهادتهما مقبولة سواء قسما بأجر أو بغير أجر وهو الصحيح كما في السراج وسواء شهدا على القسمة لا غير ابتداء ثم قالا بعد ذلك نحن قسمنا أو شهدا على قسمة أنفسهما من الابتداء على الصحيح كما في التتارخانية وعلى هذا تقبل شهادة القبانيين اذا كان المنكر حاضرا حال الوزن والتسليم كما في الفتاوى (قوله سفل ذو علو الخ) هو قول محمد وعليه الفتوى وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يقسم بالذرع وبيان ذلك في سفل بين رجلين وعلو من بيت آخر بينهما أراد قسمتهما يقسم البناء على القيمة بلا خلاف وأما العرصة فتقسم بالذرع عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد بالقيمة ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف فيما بينهما في كيفية القسمة فعند أبي حنيفة ذراع بذراعين على الثلث والثلثين وعند أبي يوسف ذراع بذراع ولو كان بينهما بيت تام علو وسفل وعلو من بيت آخر فعند أبي حنيفة يحسب في القسمة كل ذراع من العلو والسفل بثلاثة أذرع من العلو أرباعا عنده لما ذكرنا من الاصل فكانت القسمة أرباعا وعند أبي يوسف ذراع من السفل والعلو بذراعين من العلو لاستواء السفل والعلو عنده فكانت القسمة أثلاثا ولو كان بينهما بيت تام سفل وعلو وسفل آخر فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يحسب كل ذراع من السفل والعلو بذراع ونصف من السفل وذراع من سفل البيت التام بذراع من الآخر وذراع من علو بنصف ذراع من السفل الآخر وعند أبي يوسف ذراع من التام بذراعين من السفل والله أعلم كذا في البدائع (قوله وان قال قبل اقراره بالاستيفاء) المراد انه لم يحصل منه اقرار أصلا (قوله ولو اختلفا في التقويم الخ) سيذكره متنا ويفسخ في الصحيح بالغبن الفاحش سواء كانت بقضاء القاضي أو التراضي

الكل لان تصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد وان كانت بالتراضي له أن يبطل القسمة فقد قيل لا يلتفت الى قول من يدعيه لانه دعوى الغبن ولا عبرة به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي وقيل تفسخ وهو الصحيح ذكره في الكافي (ادعى أحد المتقاسمين دينا في التركة صح) حتى اذا أقام البينة له أن ينقض القسمة ولم تكن قسمته ابراء من الدين لان القسمة تصادق الصورة وحق الغريم يتعلق بالمعنى (ولو) ادعى (عينا لا) أي لا يصح لوجود التناقض اذ الاقدام على القسمة اقرار منه بان المقسوم مشترك (وصحت المهايأة) وهي لغة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للتهيئ للشئ والتهايؤ تفاعل منها وهي أن يتواضعوا على أمر ويتراضوا به وحقيقته ان كلا منهم رضي بهيئة واحدة واختارها وشرعا قسمة المنافع والقياس ان لا تجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها لكنها جازت بالاجماع (في سكون هذا بعضا من دار وذاك بعضا او) سكون (هذا علوها وذاك سفلها او) في (خدمة عبد) بان يخدم العبد (هذا) الشريك (يوما وذاك) الشريك (يوما كسكنى بيت صغير) بان يسكنه هذا الشريك يوما وذاك يوما (و) خدمة (عبدين) بان يخدم (زيدا هذا) العبد (و) يخدم (بكرا) العبد (الآخر) اذا كانت المهايأة في المكان كانت افرازا من كل وجه ولهذا لا يشترط فيها التأقيت وجاز لكل منهم ان يستغل ما أصابه بالمهايأة شرط ذلك في العقد أولا لحدوث المنافع على ملكه ولا كذلك العارية والاجارة وفي المهايأة في الزمان افراز من وجه ويجعل كالمستقرض لنصيب شريكه فكان مبادلة من وجه وانما قلنا ذلك لان معنى الافراز يتحقق في المهايأة في المكان دون الزمان وكذا لو تهايآ في الزمان في عبد واحد لانها متعينة فيه لتعذر التهايؤ في المكان والبيت الصغير كالعبد (لا في غلة عبد أو عبدين أو) غلة (بغل أو بغلين أو ركوب بغل أو بغلين أو ثمرة شجرة أو لبن شاة) أي لا تجوز المهايأة في هذه الاشياء أما في عبد واحد أو بغل واحد فلان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء فالظاهر التغير في الحيوانات فتفوت المعادلة بخلاف المهايأة في استغلال دار واحدة حيث تجوز في ظاهر الرواية لان الظاهر عدم التغير في العقار فافترقا وأما في عبدين أو بغلين فلان التهايؤ في الخدمة جوز للضرورة لامتناع قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانها تقسم وأما في ركوب بغل أو بغلين فلان الركوب يتفاوت بتفاوت الراكبين فلا تتحقق التسوية فلا يجبر القاضي عليه وأما في ثمرة شجرة أو لبن شاة ونحوه فلان التهايؤ مختص بالمنافع ولا يوجد في الاعيان والضرورة تتحقق في المنافع لامتناع قسمتها بعد وجودها السرعة فنائها بخلاف الاعيان

(كتاب الوصايا)

وجه ايراد هذا الكتاب في آخر الكتاب ظاهر لان آخر أحوال الآدمي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب القسمة لان القسمة بين الورثة تكون بعد الموت والوصية اسم بمعنى المصدر ثم سمى به الموصى به والايصاء لغة طلب شئ من غيره ليفعله في غيبته حال حياته وبعد وفاته وشرعا يستعمل تارة باللام يقال أوصى فلان لفلان بكذا بمعنى ملكه له بعد موته

(قوله وان كانت بالتراضي له أن يبطل القسمة) على حذف أداة الاستفهام (قوله ولو ادعى عينا لا) قال الزيلعي أي لا تسمع دعواه بأي سبب كان اه (قوله وصحت المهايأة) قال الزيلعي ويجري فيها اجبار القاضي كما يجري في قسم الاعيان ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا بموتهما اه (قوله لكنها جازت بالاجماع) كذا بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى لها شرب الآية والسنة ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قسم في غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر وكانوا يتهايئون كما في التبيين (قوله وخدمة عبدين) كذا يصح في غلة دار أو دارين وكان ينبغي ذكره هنا المناسب قوله بعده لا في غلة عبد أو عبدين (قوله اذا كانت المهايأة في المكان كانت افرازا من كل وجه) هو الاوجه (قوله وفي المهايأة في الزمان افراز من وجه) ويجعل كالمستقرض لنصيب شريكه ولذلك اذا تهايئا في دار فزادت غلة الدار في نوبة أحدهما على الغلة في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة تحقيقا للعدل بخلاف ما اذا كان التهايؤ في المنافع فاستغل أحدهما في نوبته زيادة وبخلاف ما لو تهايئا على الاستغلال في الدارين وفضلت غلة أحدهما حيث لا يشتركان فيه (قوله لا في غلة عبد أو عبدين الخ) قول أبي حنيفة وعندهما يجوز وجملة الامر ان مسائل التهايؤ اثنتا عشرة مسئلة ففي استخدام عبد واحد جائز بالاتفاق وكذا في استخدام العبدين على الاصح والتهايؤ في استغلال عبد واحد أو بغل لا يجوز اتفاقا وفي العبدين والبغلين اختلاف والتهايؤ في سكنى دار واحدة يجوز اتفاقا وكذا في غلتها وكذا في سكنى دارين وغلتهما خلاف والاظهر أنه يجوز اتفاقا وركوب بغل أو بغلين على الخلاف كما في التبيين والله الموفق بمنه وكرمه

ويستعمل أخرى بالى يقال أوصى فلان الى فلان بمعنى جعله وصياله يتصرف فى ماله وأطفاله بعد موته والقوم لم يتعرضوا للفرق بينهما وبيان كل منهما بالاستقلال بل ذكروهما فى أثناء تقرير المسائل وقد بين كل منهما ههنا بانفراده ولما امتنع تعريف اللفظ المشترك بين المعنيين بمفهوم واحد عرف كلا منهما بادخال أو القسمة بينهما فقال (الايصاء جعل الغير مالكا لماله بعد موته أو تفويض التصرف فى ماله ومصالح أطفاله الى غيره بعد موته فههنا بابان) لبيان المعنيين (الاول فى بيان الوصية بالمال ونحوه) وهو المنفعة فان الوصية قد تكون بالمنفعة كما سيأتى (ركنها قوله أوصيت بكذا لفلان ونحوه) من الالفاظ المستعملة فيها (وشرطها كون الموصى أهلا للتمليك) فلا تجوز من المملوك ولو مكاتبا والصغير والمجنون (وعدم استغراقه بالدين) لانه مقدم على الوصية كما سيأتى (و) كون (الموصى له حيا وقتها) اذ لو كان ميتا بطلت الوصية (و) كونه (غير وارث ولا قاتل) كما سيأتى من عدم جواز الوصية للوارث والقاتل (وكون الموصى به قابلا للتمليك بعد موت الموصى) مالا كان أو منفعة (وحكمها كون الموصى به ملكا جديدا للموصى له) لا قامة الموصى اياه مقام نفسه حتى وجب عليه الاستبراء للجارية الموصى بها (جازت بالثلث للاجنبي وان لم يجزها الوارث) لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة لكم فى أعمالكم فضعوها حيث شئتم وعليه الاجماع ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر وقت التمليك حتى اذا أوصى لاخيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ ولو عكس بان أوصى لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية للاخ لما ذكرنا (لا الزيادة عليه) أى على الثلث لان حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب زواله اليهم وهو استغناؤه عن المال لكن الشرع جوزه فى حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره كما مر ولم يجوزه فى حق الورثة لئلا يتأذى بعضهم بايثار البعض (الا أن يجيز ورثته بعده) أى بعد موته (وهم كبار) لان الامتناع لحقهم وهم أسقطوه ولا تعتبر اجازتهم حال حياته لانها قبل ثبوت الحق لان ثبوته عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه لان الساقط لا يعود (وندب بأقل منه) أى من الثلث (عند غنى ورثته أو استغنائهم بحصتهم) لانه تردد بين الصدقة على الاجنبي والهبة للقريب والاولى أولى اذ يبتغى بها رضا الله

(قوله فههنا بابان الاول فى بيان الوصية) يشتمل على باب الوصية بالثلث وباب العتق فى المرض وباب الوصية للاقارب وباب [الو]صية بالخدمة اه والباب الثانى فى الايصاء اه ففيه تساهل من اطلاق الاول على باب وقد ضمن أمثاله (قوله ركنها قوله أوصيت بكذا [لف]لان ونحوه) يشير الى أن القبول شرط كما قال فى الخلاصة الوصية يشترط فيها القبول وذلك بالصريح أو بالدلالة بأن يموت الموصى له [بع]د موت الموصى اه ويخالفه ما قال فى البدائع وأما ركن الوصية فقد اختلف فيه ٢٧٤ فقال أصحابنا الثلاثة أى الامام وصاحباه هو الايجاب والقبول الايجاب من الموصى والقبول من الموصى له فما لم يوجدا جميعا لا يتم الركن وان شئت قلت ركن الوصية الايجاب من الموصى وعدم الرد من الموصى له وهو أن يقع اليأس عن رده وهذا أسهل لتخريج المسائل على ما نذكر وقال زفر الركن هو الايجاب من الموصى فقط اه وذكر التوجيه لكل (قوله فلا تجوز من المملوك ولو مكاتبا) يعنى ما لم يضف الى العتق كما سيأتى (قوله والصغير) يستثنى منه تجهيزه كما سيأتى (قوله وكون الموصى له حيا وقتها) يرد عليه الوصية للحمل اذ يشترط وجوده لا حياته لان نفخ الروح يكون بعد وجدانه وقتها غير حى (قوله وكونه غير وارث) يعنى وقت الموت (قوله لما سيأتى من عدم جواز الوصية للوارث) المراد عدم النفوذ (قوله وحكمها كون الموصى به الخ) هذا فى جانب الموصى له وأما فى جانب الموصى فهو على أقسام مندوبة واجبة مكروهة مباحة كما نذكره (قوله جازت بالثلث للاجنبي) يعنى نفذت (قوله ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت) قال الزيلعى واقرار المريض للوارث على عكسه وتمامه فيه فليراجع (قوله الا أن يجيز ورثته) قال الزيلعى وان أجاز البعض نفذ عليه بقدر حصته واذا وجدت الاجازة بعد الموت تملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا حتى يجبر الوارث على التسليم (قوله وندبت الخ) الوصية على أربعة أقسام واجبة كالوصية برد الوديعة والديون المجهولة ومستحبة كالوصية بالكفارات وفدية الصلوات والصيامات ومباحة كالوصية للاغنياء من الاجانب والاقارب ومكروهة كالوصية لاهل الفسوق والمعاصى كذا فى المجتبى وفيه تأمل لما قال فى البدائع الوصية بما عليه من الفرائض والواجبات كالحج والزكاة والكفارات واجبة اه (قوله أو استغنائهم بحصتهم) قال فى الخلاصة وقدر الاستغناء عن أبى حنيفة اذا ترك لكل واحد من الورثة أربعة آلاف أى درهم دون الوصية وعن الامام الفضلى عشرة آلاف اه

تعالى (ولولاهما) أي لولا غناهم ولا استغناؤهم بحصتهم (فالترك أولى) لان في ترك الوصية صدقة على القريب بقدر الوصية والوصية تصدق على الاجنبي فالاولى أولى لقوله صلى الله عليه وسلم أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح (كتركها مع أحدهما) أي ان لم تكن الورثة أغنياء ولا يستغنون بحصتهم من التركة فترك الوصية أولى (ووجبت اذا كان عليه حق الله تعالى كالحج والزكاة) لانه لما قصر فيه في حياته وجب عليه التدارك بعد مماته تخلية لذمته (وتؤخر) أي الوصية (عن الدين) لانه أهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع الا ان يبرئه الغرماء فحينئذ تصح لزوال المانع (وصحت) أي الوصية (بالكل) أي بكل ماله (عند عدم ورثته) لان المانع من الصحة تعلق حق الوارث فاذا انتفى تصح (و) صحت (لمملوكه بثلث ماله) في الخلاصة الوصية للعبد بعين من أعيان ماله لا تصح أما لو أوصى بثلث ماله له مطلقا تصح وتكون وصية للعتق فان خرج من الثلث قيمة العبد عتق كله بغير سعاية وان خرج بعضه عتق وسعى في بقية قيمته ولو أوصى له بشئ من الدراهم أو الدنانير المرسلة قال الامام النسفي الاصح انه لا تصح كالوصية بالعين وقال في المنية لو أوصى لعبده القن أو لامته القنة جازت الوصية وهذا مخالف لما في الخلاصة فاما ان يقيد هذا بما سوى العين أو يطلق ويحمل على غير الاصح وفي الخانية لو أوصى لمكاتب نفسه أو لام ولد نفسه أو لمدبر نفسه جاز الكل استحسانا ولو أوصى لعبده القن أو لامته القنة ثم مات جازت الوصية في كلهم الا ان عند أبي حنيفة في الوصية للقن يعتق ثلثه مجانا وعليه ثلثا قيمته وله ثلث ماله من سائر التركة فيتقاصان ويترادان الفضل وعند صاحبيه يعتق العبد وتصرف الوصية أولا الى العتق فان فضل من الثلث شئ كان الفضل للعبد (وصحت للحمل) بأن يقول أوصيت لحمل فلانة كذا درهما

(قوله لقوله صلى الله عليه وسلم أفضل الصدقة الخ) لعله ليس لفظ الحديث وإنما أشار اليه ثم ذكره دليلا عقليا ولذا قال في الاختيار وان كانت الورثة فقراء لا يستغنون بنصيبهم فتركها أفضل لما فيه من الصلة والصدقة عليهم قال صلى الله عليه وسلم أفضل الصدقة الصدقة على ذي الرحم الكاشح وقال صلى الله عليه وسلم لا صدقة وذو رحم محتاج وهو كما قال صلى الله عليه وسلم صدقة وصلة لانه فقير فتكون صدقة وقريب فتكون صلة وان كانوا أغنياء أو يستغنون بميراثهم فقيل الوصية أولى وقيل يخير لان الوصية صدقة أو مبرة وتركها صلة والكل خير اه (قوله ولولاهما أي لولا غناهم واستغناؤهم بحصتهم) أي كائن بأن كانوا فقراء ولا يستغنون بحصتهم فالترك أولى (قوله كتركها مع أحدهما) قال بعض الافاضل يلزم أن يكون تركها أولى مع وجود الغنى فقط وكذا مع وجود الاستغناء فقط فيخالف ما سبق من كونها مندوبة عند وجود أحدهما فقط وقد سبق أنها مندوبة مع أحدهما بأقل من الثلث اه وهذا ظاهر وتكلف ٤٢٨ بعض من الفضلاء فقال قوله كتركها مع أحدهما كذا في النسخ المتداولة والاظهر أن كلمة لا ساقطة من الاصل فان المعنى كتركها الا مع احدهما بقرينة تفسيره بقوله أي ان لم تكن الورثة أغنياء مع ما يشهد به سياق الكلام اه واعترضه فاضل ثالث فقال وفيه بحث أي في كلام الثاني لانه ان كان مؤدى قوله لا مع احدهما عدمهما معا فهو ما ذكره بقوله ولولاهما الخ فيلزم التكرار وان كان عدم أحدهما يكون ذلك صورة كون الوصية مندوبة على ما ذكره فآخر كلامه يناقض أوله فتدبر اه ونص المذهب ما قال في الكافي الوصية بأقل من الثلث أولى من تركها اذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم لانه تردد بين الصدقة على الاجنبي والهبة للقريب والاولى أولى لانه يبتغي بها رضا الله تعالى وقيل يخير كما ذكرناه عنه وان كان الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لان ترك الوصية صدقة على القريب بقدر الوصية والوصية تصدق على الاجنبي والاولى أولى لقوله عليه الصلاة والسلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح اه (قوله لانه لما قصر فيه في حياته وجب عليه التدارك بعد مماته) كان ينبغي أن يقال عند مماته (قوله فاما ان يقيد هذا بما سوى العين) فيه تأمل اذ يشمل الدراهم المرسلة وتقدم أن الاصح انها كالعين فكان ينبغي أن يزيد وبما سوى الدراهم المرسلة (قوله جازت الوصية في كلهم) عبارة قاضيخان في قولهم (قوله وصحت للحمل وبه ان ولد لأقل من ستة أشهر من وقتها) كذا في الهداية والكنز وقال قاضي زاده يشترط أن يعلم أنه موجود في البطن وقت الوصية له أو به بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي وصححه الاسبيجابي في شرح الكافي واختاره المصنف أي صاحب الهداية أو من وقت موت الموصي بأن جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت موته على ما ذكره الفقيه أبو الليث في نكت الوصايا والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واختاره صاحب النهاية هذا زبدة ما في العناية وغاية البيان اه وفي الكافي ما يدل على أنه ان أوصى له يعتبر من وقت الوصية وان أوصى به يعتبر من وقت الموت كما في التبيين (قوله بأن يقول أوصيت لحمل فلانة كذا درهما) ينبغي بكذا درهما

درهما (وبه) اى بالحمل ايضا بأن يقول أوصيت بحمل جاريتى هذه لفلان فان الوصيتين تصحان لان الوصية أخت الميراث والارث يجرى فى الصورتين فتصح الوصية أيضا لكن الثانية انما تصح (ان ولد) أى الحمل (لاقل من ستة أشهر من وقتها) أى من وقت الوصية فان صحة وصية الحمل موقوفة على وجوده وانما يتيقن بوجوده اذا ولد فى هذه المدة (و بالامة الا حملها) فانها أيضا تصح لان الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه وما لا فلا كما مر فى البيوع ويصح افراد الحمل بالوصية فيصح استثناؤه (ومن المسلم للذمى و بالعكس) فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين الآية والثانى لانه بعقد الذمة يساوى المسلم فى المعاملات حتى جاز التبرع من الجانبين فى الحياة فكذا فى الممات (لا لحربى فى داره) فى الجامع الصغير الوصية للحربى وهو فى دارهم باطلة لانها بر وصلة وقد نهينا عن بر من يقاتلنا لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين وأخرجوكم من دياركم الآية وفى السير الكبير ما يدل على الجواز وجه التوفيق انه لا ينبغى ان يفعل وان فعل جاز كذا فى الكافى والنهاية أقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو فى دارهم فانه احتراز عن حربى ليس فى دارهم وهو المستأمن فان الحربى ما دام فى دار الحرب ممن يقاتلنا بخلاف المستأمن فانه ليس كذلك وهو المراد بما ذكر فى السير الكبير (ولا لوارثه) لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث (وقاتله مباشرة) سواء كان عامدا أو خاطئا لقوله

(قوله لكن فى الثانية انما تصح ان ولد اى الحمل لاقل من ستة أشهر من وقتها) لعله انما قيد بهذا فى الثانية دون الاولى مشيا على ما اختاره صاحب الهداية الكن لا يعلم به حكم ابتداء المجىء بالحمل فى الاولى فكان ينبغى له ترك هذا القيد فى الثانية ويعلم ابتداء وقت المجىء به فى الصورتين من وقت الوصية من متنه (تنبيه) اذا كانت الجارية معتدة حين الوصية يعتبر الولادة لاجل ثبوت النسب الى سنتين كما فى الجوهرة والمراد اقل من سنتين بما يمكن وجوده حال الوصية (قوله وفى السير الكبير ما يدل على الجواز) قال قاضى زاده كذا ذكره شراح الجامع الصغير وتبعهم شراح الهداية ولم يقيد صاحب المحيط قولهم ذكر فى السير الكبير الخ واستنبط منه بطلان الوصية للحربى ولعل الحق رأى صاحب المحيط اه وقال المرحوم جوى زاده انه لم يذكر فى السير ما يدل على ما ذكروه وهذه عبارته أقول قال فى المحيط البرهانى ولو أوصى مسلم لحربى والحربى فى دار الحرب لا تجوز هذه الوصية وان اجازه الورثة فقد فرق بين الوصية للحربى و بين الوصية للاجنبى بما زاد على الثلث والوصية للوارث والفرق ان امتناع جواز الوصية للحربى بحق الشرع لان الشرع نهانا عن برهم ولهذا لا يجوز للمسلم الصحيح بر الحربى والوصية للوارث ما امتنع جوازها لكونه منهيا عن بره الا يرى أنه لو بره المورث فى صحته يجوز ويثاب على ذلك وانما امتنع جوازها لحق باقى الورثة وكذا الوصية للاجنبى بما زاد على الثلث فتجوزان باجازتهم ولان الحربى فى دار الحرب بمنزلة الميت فى حقنا والوصية للميت باطلة كذا ذكر مسئلة الحربى فى وصايا الاصل وفى شرح الطحاوى قالوا ذكر فى السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربى واختلف المشايخ فيه منهم من وفق بين ما ذكر فى الاصل وبين ما ذكر فى السير وذكر ما فى الكافى ومنهم من قال فى المسئلة روايتان هكذا قالوا والمذكور فى السير الكبير ان الوصية للحربى باطلة وصورة المذكور ثمه لو أوصى مسلم لحربى والحربى فى دار الحرب لا يجوز الى آخر ما نقله عنه ورأيت المسئلة التى نقلها صاحب المحيط فى شرح السير الكبير للسرخسى وقد فصلها تفصيلا وافيا وتتبعتها كثيرا لاظفر بما قالوا انه يدل على الجواز فلم أر فيه غير ما ذكره فى موضع آخر منه بقوله فنقول لا بأس أن يصل الرجل المسلم المشرك قريبا كان او بعيدا محاربا كان أو ذميا واستدل عليه بأحاديث منها انه بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسمائة دينار الى مكة حين قحطوا وأمر بدفع ذلك الى أبى سفيان بن حرب وصفوان بن أمية ليفرقا على فقراء أهل مكة فقبل ذلك أبو سفيان وصفوان قال وبه نأخذ ولان صلة الرحم محمودة عند كل عاقل وفى كل دين والاهداء الى الغير من مكارم الاخلاق قال صلى الله عليه وسلم بعثت لاتمم مكارم الاخلاق فعرفنا أن ذلك حسن فى حق المسلمين والمشركين جميعا اه مختصرا فلم أشك فى أن مرادهم بما يدل على الجواز كلامه هذا لكن من أراد التوفيق لم يطلع على المراد فوفق رجما بالغيب مع عدم استقامته اولا الفرق الثانى الذى بنى السرخسى بطلان الوصية عليه لدى هذا الكلام على انها محمودة ينبغى أن تفعل ولو كان الحربى فى دار الحرب لما ذكرناه من الحديث ثم الفرق الاول من الفرقين لا يستقيم على ما نقلناه عن شرح السير فالخلاف فى جواز صلة الحربى وعدمه لا فى جواز الوصية له وعدمه لاقتضاء الفرق الثانى عدم جوازها اه عبارة المرحوم جوى زاده الا أنه يتأمل فى قوله ولهذا لا يجوز للمسلم الصحيح بر الحربى مع قوله بعده لا بأس ان يصل المسلم الرجل المشرك قريبا كان أو بعيدا محاربا كان او ذميا (قوله وجه التوفيق) علم مما ذكره المرحوم جوى زاده انه لا احتياج الى هذا العدم ثبوت ما يجوز الوصية للحربى (قوله أقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق الخ) قال قاضى زاده رحمه الله تعالى أقول هذا كلام عجيب فان لفظ السير الكبير على

صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل ولانه قصد الاستعجال بفعل محظور فعوقب بالحرمان عن مقصوده وهو الارث وقوله مباشرة احترازعن التسبيب كوضع الحجر في غير ملكه (الا باجازة ورثته وهم كبار) الاستثناء متعلق بالمسئلتين (أو يكون القاتل صبيا) ذكره في الاسرار (ولا من صبي مميز) لانها تبرع وهو ليس من أهله (الا في تجهيزه وأمر دفنه) فانه يجوز عندنا استحسانا حتى اذا لم يكن مميزا لم يجز اصلا (وان) وصلية (مات بعد الادراك) هذا متعلق بقوله ولا من صبي مميز يعني اذا أوصى ثم مات بعد الادراك لم تجز لعدم الاهلية وقت المباشرة (أو أضافها اليه) بان قال اذا أدركت فثلثي لفلان وصية فانه لا يجوز لقصور الولاية فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق (و) لا (من عبد) لانه ليس من أهل التبرع (ومكاتب وان ترك وفاء) لانه أيضا ليس من أهل التبرع وقيل عندهما تصح في صورة ترك الوفاء (الا اذا اضافاها) أي اضاف العبد والمكاتب الوصية (الى العتق) فحينئذ تصح لان أهليتهما تامة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال اسقاطه (ولا من معتقل اللسان بالاشارة) اعلم ان ايماء الاخرس وكتابته كالبيان بخلاف معتقل اللسان في وصية ونكاح وطلاق وبيع وشراء وقود والفرق ان الاشارة انما تقوم مقام العبارة اذا كانت معهودة وذلك في الاخرس دون معتقل اللسان حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارة معهودة كان بمنزلة الاخرس وقدر الامتداد بسنة وقيل ان دامت العقلة الى الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى ذكره الزيلعي (قبولها بعد موته) أي قبول الوصية لا يعتبر الا بعد موت الموصي لان أوان ثبوت حكمها بعد الموت (فيبطل قبولها وردها قبله) أي قبل الموت كما اذا قال لامرأته انت طالق غدا على درهم فان ردها وقبولها باطل قبل الغد كما مر (وبه) أي بالقبول (يملك) أي الموصى به ولا يملك قبله لان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره بلا اختياره بخلاف الميراث فانه خلافه حتى يثبت فيه هذه الاحكام جبرا من الشارع بلا قبول لولايته عليه (الا اذا مات موصيه ثم هو) أي الموصى له بلا قبول (فهو) أي الموصى به (لورثته) أي ورثة الموصى له استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما ذكرنا ان الملك موقوف على القبول فصار كمشتر مات قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في بيع شرط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة (وله) اي يجوز للموصي (الرجوع عنها) أي الوصية (بقول صريح) نحو رجعت عما أوصيت لانه تبرع لم يتم فصار كالهبة (وفعل يقطع حق المالك عن المغصوب) كقطع الثوب وخياطته (او يزيد في الموصى به ما يمنع تسليمه بدونه كالبناء او يزيل ملكه كالبيع) فان كل تصرف اوجب زوال ملك الموصي كان رجوعا كما اذا باع الموصى به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا زال عنه كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته

ما نقله صاحب المحيط لو أوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز اه فكيف يمكن أن يكون المستأمن هو المراد بما ذكر في السير الكبير اه (قوله فعوقب بالحرمان عن مقصوده وهو الارث) لعل صوابه وهو الوصية اذ الكلام في الوصية للقاتل لا الارث (قوله الاستثناء متعلق بالمسئلتين) قال في البرهان الوصية للقاتل تجوز باجازة الورثة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تجوز ولو اجازها الورثة والخلاف في غير قتله عمدا بعدها أما لو قتله عمدا بعد الوصية فانها تكون ملغاة بالاتفاق اه (قوله أو يكون القاتل صبيا) معطوف على باجازة ورثته ولا يحتاج هنا الى اجازة الورثة كما اشار اليه ولما قال في شرح المجمع لو كان القاتل صبيا أو مجنونا جازت الوصية وان لم تجز الورثة اتفاقا من الحقائق اه ولعل الفرق بينه وبين قتل العاقل البالغ خطأ أن الصغير او المجنون ليس من أهل العقوبة وقصده غير معتبر في الاستعجال (قوله ولا من صبي الا في تجهيزه وأمر دفنه) لكنه يراعى فيه المصلحة لما قال في الخلاصة عن الروضة لو أوصى بان يكفن بألف دينار يكفن بكفن وسط ولو أوصى بأن يكفن في ثوبين لا يراعى شرائط الوصية ولو أوصى بأن يكفن في خمسة أثواب أو ستة أثواب يراعى شرائطه ولو أوصى بأن يدفن في مقبرة كذا بقرب فلان الزاهد يراعى شرطه ان لم يلزم في التركة مؤنة الحمل ولو أوصى بأن يقبر مع فلان في قبر واحد لا يراعى شرطه (قوله قالوا وعليه الفتوى ذكره الزيلعي) كذا قال في البرهان لا تصح باشارة معتقل اللسان الا اذا دام الى الموت على المفتى به اه

عادة فصار هذا المعنى أصلا ايضا (بخلاف غسل ثوب أوصى به) فانه لا يكون رجوعا
لان من أراد أن يعطى ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا (الجحود ليس برجوع)
لان الرجوع اثبات فى الماضى ونفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال فبينهما
تناف ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة (كذا كل وصية أوصيت بها فحرام أو ربا)
فانه ايضا ليس برجوع لان وصف الحرمة والربوية يقتضى بقاء الاصل فلا يتحقق
الرجوع (و) قوله (كل وصية أوصيت بها أخرتها بخلاف تركتها) فان الاول ليس
برجوع والثانى رجوع لان ترك الشئ اسقاط والتأخير ليس باسقاط فان الداين
اذا قال المديونه تركت لك دينك كان ابراء له ولو قال أخرت عنك لا يكون ابراء كذا
فى المحيط (و) بخلاف كل (وصية أوصيتها فهى باطلة) فانه ايضا رجوع لان
الباطل ذاهب متلاش لا اصل له (او الذى أوصيت به لزيد فهو لعمرو أو لفلان
وارثى) فان كلا منهما يكون رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة واثبات
التخصيص له فاقتضى رجوعا عن الاول ثم الورثة بالخيار ان شاؤا أجازوا وان شاؤا
ردوا بخلاف ما اذا اوصى به لآخر ايضا فانه لا يكون رجوعا لان اللفظ صالح للشركة
والمحل يقبلها فيكون العبد مشتركا بينهما (ولو كان فلان ميتا وقتها فالاولى) من
الوصيتين (بحالها) لان بطلان الاول من ضرورات الاثبات للثانى فاذا لم يثبت له
فهو للاول (ولو) كان فلان (حيا) وقتها (فمات قبل الموصى فهى لورثة الموصى)
لبطلان الوصيتين لانه لما اثبتت للثانى كان رجوعا عن الاول فبطلت فى حق الاول
وصحت فى حق الثانى ثم بطلت بموته قبل موت الموصى (تبطل هبة المريض
ووصيته لمن نكحها بعدهما) اى بعد الهبة والوصية الاصل فى هذا الفصل ان كون
الموصى له وارثا او غير وارث لجواز الوصية وفسادها يعتبر يوم الموت لا يوم الوصية
وفى الاقرار يعتبر كون المقر له وارثا او غير وارث يوم الاقرار لجوازه وفساده فاذا
اوصى المريض لامرأة بشئ أو وهب لها شيئا ثم تزوجها ثم مات بطلت الوصية
والهبة أما الوصية فلان الايجاب مضاف الى ما بعد الموت وهى وارثة حينئذ والوصية
للوارث باطلة وأما الهبة وان كانت منجزة صورة فهى كالمضافة الى ما بعد الموت
حكما لانها وقعت موقع الوصايا لانها تبرع يتقرر حكمه عند الموت (بخلاف اقراره)
فان المريض اذا اقر لامرأة بدين ثم تزوجها ثم مات جاز اقراره لما مران المعتبر فيه
كون المقر له وارثا أو غير وارث يوم الاقرار وهى أجنبية فيه (و) تبطل (وصيته
وهبته واقراره لابنه كافرا أو عبدا أو مكاتبا ان اسلم أو اعتق بعد ذلك) اى بعد الوصية
والهبة وغيرهما أما الوصية والهبة فلما مران المعتبر فيهما حال الموت وأما الاقرار
فانه وان كان ملزما بنفسه لكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث
تهمة الايثار فصار باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا (المقعد) وهو العاجز عن المشى
لداء فى رجليه (والمفلوج) الفالج داء يعرض لنصف البدن فيمنعه عن الحس
والحركة الارادية (والاشل) وهو الذى فى يده ارتعاش وحركة (والمسلول) وهو
الذى يكون له علة السل وهو قرح يكون فى الرئة (ان طال مدته سنة كالصحيح والا
فكالمريض) يعنى ان هذه امراض مزمنة فمن عرض له واحد منها وتصرف بشئ

(قوله الجحود ليس برجوع) هو قول محمد
وهو الصحيح كما فى التبيين وعليه الفتوى
كما فى البرهان وقال أبو يوسف هو رجوع
(قوله كذا فى المحيط) وذكره فى التبيين
والكافى (قوله فهو لعمرو أو لفلان
وارثى) القيد بالوارث خاص بالاخير
وهو وفلان فقط (قوله ثم الورثة بالخيار)
يعنى فى تجويز الوصية لفلان الوارث كما
ذكره قاضيخان وأما عمرو فالوصية له
لا تتوقف على اجازتهم (قوله بخلاف
اقراره) يعنى لامرأة كما شرح به ويعتبر
اقراره من جميع المال كما فى التبيين
(قوله ان طال مدته سنة كالصحيح والا
فكالمريض) كذا فسر الطول بسنة فى
الخانية وقيد هذا فى الخلاصة بما اذا لم
يتغير حاله فقال اذا طال به المرض ولا
يخاف عليه الموت كالفالج والشلل اذا
كان زمنا أو مقعدا أو يابس الشق فهذا
لا يكون حكم المريض الا اذا تغير حاله من
ذلك ومات من ذلك التغير فما فعل فى
حالة التغير يعتبر من الثلث اهـ والله اعلم

من التبرعات ثم مات قبل تمام سنة مشتملة على الفصول الاربعة كان المرض مرض الموت فتعتبر تصرفاته من الثلث وان مات بعد تمامها لم يكن مرض الموت لانه اذا سلم في الفصول التي كل منها مظنة الهلاك صار المرض بمنزلة طبع من طبائعه وخرج صاحبه من احكام المريض حتى لا يشتغل بالتداوي (اجتمع الوصايا) وكان بعضها فرضا وبعضها نفلا (وضاق الثلث في الفرض والنفل قدم الفرض) سواء قدمه الموصي او اخره كالحج والزكاة والكفارات لان الاصل ان يقدم الاهم (وان تساوت) في القوة (قدم ما قدم) اي الموصي في الذكر لان الظاهر من حال الانسان ان يبدأ بما هو الاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت بالنص ولو نص على تقديم ما بدأ به لزمنا تقديمه كذا هنا (اوصي بحج حج عنه راكبا من بلده ان كفى نفقته) لان الواجب الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما كان واجبا عليه ويحج راكبا اذ لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه (والا) اي وان لم تكف (فمن حيث تكفي) والقياس ان لا يحج عنه لانه اوصى بالحج بصفة وقد عدمت وجه الاستحسان انا نعلم ان غرضه تنفيذ الوصية فتنفذ ما امكن (مات حاج في طريقه واوصى به) اي بان يحج عنه (يحج كذلك) اي من بلده ان كفى نفقته والا فمن حيث تكفي وقالا وهو قول زفر يحج عنه من حيث تبلغ وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق واما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالاجماع ذكره الزيلعي (اوصى بان يحج عنه بهذه المائة فهلك منها درهم يحج عنه بما بقي من حيث تبلغ) استحسانا (وان لم يهلك شيء حج بها فان بقي منه شيء رد على الوارث) لان التركة حق الورثة الا ما اشتغل بحق الوصية (بخلاف الوصية باعتاق عبد عنه) اي بهذه المائة فهلك منها درهم (حيث لم يعتق بالباقي) لان الوصية اذا وجبت لمستحق لم يصح تنفيذها لغيره وههنا الوصي بالعتق لعبد يشتري بما سمى فلم يصح تنفيذها في عبد يشتري باقل منه لانه غير الاول فكان فيه تنفيذ الوصية لغير الموصى له وذا لا يجوز (اوصى بان يشتري بكل ماله عبد فيعتق عنه ولم يجز الورثة بطلت) لما مر ان العبد المشترك بالكل مغاير لما يشتري بالثلث (كذا اذا اوصى بان يشترى له عبد بالف درهم فزاد الالف على الثلث لم تجز) للتغاير بينهما ايضا

﴿باب الوصية بالثلث﴾

(اوصى له بثلثه ولآخر بثلثه فان اجاز الورثة فلهما الثلثان ولهم الثلث وان لم يجيزوا) اي الورثة (فالثلث بينهما) نصفين لانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والثلث يضيق عن حقهما فيكون بينهما (ولو) اوصى (له بثلثه ولآخر بكله ولم يجيزوا فكذا عند ابي حنيفة) اي الثلث بنصف بينهما (وعندهما ارباعا) اي يجعل اربعة اسهم ثلاثة للموصى له بالكل وواحد للموصى له بالثلث لان الزائد على الثلث انما يبطل بمعنى ان الموصى له لا يستحقه حقا على الوارث لكن يعتبر في ان الموصى له يأخذ من الثلث بحصة ذلك الزائد اذ لا موجب لابطال هذا المعنى فيخرج الثلث ثلاثة فالثلث واحد والكل ثلاثة

﴿باب الوصية بالثلث﴾

(قوله ولو اوصى له بثلثه ولآخر بكله ولم يجيزوا فكذا عند ابي حنيفة اي الثلث بنصف بينهما) ويكون تصحيحها من ستة لان اصلها ثلاثة وواحد للموصى لهما لا يستقيم عليه فاضرب اثنان في اصلها تبلغ ستة ثلثها اثنان بينهما والباقي للوارث

(قوله فمخرج الثلث ثلاثة الخ) في معرفة الطريق خفاء والطريقة في هذا انه لما اجتمع ههنا وصيتان وصية بالثلث ووصية بالكل
كان اصل المسئلة من ثلاثة لاحتياجنا الى الثلث فيؤخذ ثلثها للوصية فدفعناه اثلاثا والموصى له بالكل يدعى الكل وهو الثلاثة
والموصى له بالثلث يدعى ثلثه وهو سهم فتعول الى اربعة اسهم سهم لصاحب الثلث وثلاثة اسهم لصاحب الجميع وهذه مسئلة
الرد والحكم كذلك عندهما في الاجازة انه يقسم المال ارباعا عندهما وطريقه ان تقول الاجازة في قدر الثلث ساقطة العبرة
فيقسم الثلث اولا بينهما بأن تجعل المسئلة من ثلاثة والواحد عليهما لا يستقيم فيضرب مخرج النصف في الثلاثة اصل المسئلة تبلغ
ستة فثلثها بينهما وبقي اربعة اسهم فصاحب الجميع يدعيها وصاحب الثلث يدعى سهما واحدا ليتم له ثلث جميع المال فيسلم
للموصى له بالكل ثلاثة اسهم ويستوى منازعتهما في السهم الباقي فينصف ولا يستقيم الواحد على مخرج النصف فضربنا مخرج
النصف في ستة فحصل اثنا عشر للموصى له بالكل اربعة ونصف فضعفناه فصار تسعة وهي ثلاثة ارباع المال وكان للموصى له بالثلث
سهم ونصف فضعفناه فصار ثلاثة وهي ربع جميع المال انتهى الحكم عندهما واما عند ابي حنيفة ففي اجازة الوصية بالكل
والثلث يقسم المال اسداسا بفرض المال ستة ولا نزاع لصاحب الثلث في اربعة ٤٣٣ واستوت منازعتهما في سهمين فينصفان
فصار لصاحب الكل خمسة ولصاحب
الثلث سهم كذا في شرح المجمع (قلت)
فاستوى لصاحب الثلث نصيبه في حالتي
الرد والاجازة اه ونقل مثل هذا الشيخ
امام الفرضيين عبد الله الشنشوري
الشافعي رحمه الله تعالى في شرحه للترتيب
عن الحنفية ثم قال عن مصنف الترتيب
قال اصحابنا وغيرهم وهذا دليل على
فساد هذا القول لانه لا يجوز ان يستوى
نصيب موصى له في حالتي الاجازة والرد
اه (قوله ولوله بثلثه ولآخر بنصفه
ولم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان عنده)
وتصح المسئلة من ستة لاجتماع النصف
والثلث وتباينهما فيؤخذ ثلثها اثنان
لكل واحد واحد (قوله وعندهما على
خمسة اسهم وتصح من خمسة عشر) لان
مخرج الثلث والنصف ستة ومجموعهما
منها خمسة وثلث المال واحد لا ينقسم
على الخمسة فتضرب ثلاثة في سهام الوصية تبلغ خمسة عشر فثلثها خمسة ثلاثة منها لصاحب النصف واثنان
منها لصاحب الثلث والعشرة للورثة (قوله لانه يجعل كل سدس سهما) يعني كل سدس من اصل المسئلة سهما من تصحيحها بيان هذا
انه لما اجتمع النصف والثلث وخص صاحب الثلث من الحاصل اثنان وهما سدسان بنسبة كل واحد منهما الى محصل مخرج
النصف والثلث اعطى سهمين من الخمسة التي هي ثلث جميع المال كما بيناه (قوله لانه الحاصل بالضرب) أي ضرب سهام الوصية
وهي خمسة من محصل ضرب مخرج الثلث والنصف في مخرج الثلث كما بيناه ففي عبارته تفنن لان الحاصل بالضرب هو معنى جعل
كل سدس سهما كما بيناه (قوله قال في العناية أي لا يجعل من ضرب من ماله سهما اي جعل) في التركيب تأمل هذا وقال بعضهم
تفسير ضرب في هذا المحل بشارك اولى من تفسيره بجعل اخذا من المضاربة التي هي المشاركة في الربح لانه لا يستقيم التفسير بجعل
في تمام الكلام من عبارات المشايخ ويقال ضرب في الجزور اذا اشترك فيها وفلان يضرب فيه بالثلث اي يأخذ منه شيأ بحكم ماله من
الثلث اه وعدل عن هذه العبارة في البرهان حيث قال والموصى له با كثر من الثلث لا يفضل على الموصى له بالثلث عندنا
أي عند ابي حنيفة الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة وفضلاه أي فضل أبو يوسف ومحمد الموصى له بالاكثر مطلقا اه

فصارت أربعة فيقسم الثلث بهذه السهام (ولوله بثلثه ولآخر بنصفه ولم يجيزوا
فالثلث بينهما نصفان عنده وعندهما على خمسة أسهم سهمان لصاحب الثلث)
لانه يجعل كل سدس سهما (وثلاثة أسهم لصاحب النصف) لانه الحاصل
بالضرب (ولوله بالسدس ولآخر بالثلث فالثلث بينهما اثلاثا عندهم) بلا خلاف
ثم هذا الخلاف مبني على خلاف مقرر بينهم ذكره بقوله (ولا يضرب أبو حنيفة
للموصى له بما زاد على الثلث) قال في العناية أي لا يجعل من ضرب من ماله سهما
أي جعل ومفعول لا يضرب محذوف أي لا يضرب شيأ وقال صدر الشريعة المراد
بالضرب الضرب المصطلح بين الحساب فاذا أوصى بالثلث والكل فعند ابي حنيفة
سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف يضرب النصف في ثلث المال فالنصف في
الثلث يكون نصف الثلث وهو السدس فلكل سدس المال وعندهما سهام
الوصية أربعة والواحد من الاربعة ربع فيضرب الربع في ثلث يكون ربع الثلث
ثم لصاحب الكل ثلاثة من الاربعة وهي ثلاثة أرباع الثلث فيضرب ثلاثة الارباع
في الثلث يعني ثلاثة أرباع الثلث ولصاحب الثلث واحدة من الاربعة فيضرب
الواحدة في الثلث وهو الربع يعني ربع الثلث (الا في المحاباة) صورتها عبدان
لرجل قيمة احدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بان يباع احدهما
لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فان المحاباة حصلت لاحدهما بالف وللآخر
بخمسمائة والكل وصية لكونه في حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة

جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهى الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهى خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة وجب ان لا يضرب الموصى له بالف باكثر من خمسمائة (والسعاية) صورتها ان يوصى بعتق عبدين قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر الفان ولا مال له غيرهما ان أجازها الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا عتقا من الثلث وثلث ماله ألف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذى قيمته الفان ويسعى فى الباقى والثلث للذى قيمته ألف ويسعى فى الباقى (والدراهم المرسلة) أى المطلقة عن كونها ثلثا أونصفا ونحوهما صورتها ان يوصى لرجل بالفين ولآخر بالف وثلث ماله ألف ولم يجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية فى مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ووجه فرق الامام بين هذه الصور الثلاث وبين غيرها ان الوصية اذا كانت مقدرة بما زاد على الثلث صريحا كالنصف والثلثين ونحوهما والشرع أبطل الوصية فى الزائد يكون ذكره لغوا فلا يعتبر فى حق الضرب بخلاف ما اذا لم تكن مقدرة حيث لا يكون فى العبارة ما يكون مبطلا للوصية كما اذا أوصى بخمسين درهما واتفق ان ماله مائة درهم فان الوصية غير باطلة بالكلية لامكان أن يظهر له مال فوق المائة واذا لم تكن باطلة بالكلية تكون معتبرة فى حق الضرب (ولو) أوصى (بنصيب ابنه بطل) لان الوصية بما هو حق الابن لا تصح لغيره (ولو) أوصى (بمثله) أى بمثل نصيب الابن (لا) أى لا تبطل اذ لا مانع منه (و) لو أوصى (بسهم أو جزء) أى لو قال أوصيت بسهم من مالى أو جزء منه (له بين وارثه) أى يقال للوارث أعط ما شئت لانه مجهول والجهالة لا تمنع صحة الوصية فالبيان الى الوارث هذا ما اختاره المشايخ بناء على العرف ان السهم كالجزء وأما أصل الرواية فبخلافه وهو المذكور فى الوقاية (و) لو أوصى (بسدس ماله ثم بثلثه وأجيز له ثلثه) أى يكون السدس داخلا فى الثلث قال صدر الشريعة فان قلت قوله ثلث مالى له ان كان اخبارا فكاذب وان كان انشاء يجب أن يكون له النصف عند اجازة الورثة وان كان فى السدس اخبارا وفى الثلث انشاء فهذا ممتنع أيضا أورد هذا السؤال ولم يجب عنه أقول وبالله التوفيق نختار أنه انشاء وانما يجب له النصف عند الاجازة لو كان النصف مدلول اللفظ وليس كذلك فان السدس والثلث فى كلامه شائع وضم الشائع الى الشائع لا يفيد ازديادا فى المقدار بل يتعين الاكثر مقدما كان أو مؤخرا ولهذا قال الجمهور فى تعليله لان الثلث متضمن للسدس فان التضمن لا يتصور الا فى الشائع وضم السدس الشائع الى الثلث الشائع لا يفيد زيادة فى العدد فلا يتناول أكثر من الثلث وفائدة الاجازة انما تظهر فيما يكون متناول اللفظ والا لكان براءة منها الاجازة ويقرب من هذا قول أهل المعقول ان ضم الكلى الى الكلى لا يفيد الجزئية (وفى سدس مالى مكررا له سدسه) يعنى اذا قال سدس مالى له ثم قال فى ذلك المجلس أو مجلس آخر سدس مالى له كان له سدس واحد لان المعرفة أعيدت معرفة (وبثلث دراهمه أو غنمه

وهلك

(قوله فهذا ممتنع أيضا) أى كما انه امتنع أن يكون له النصف عند اجازة الورثة كذلك هنا (قوله وضم الشائع الى الشائع لا يفيد ازديادا فى المقدار) لقائل أن لا يسلم ذلك اذ الزيادة فيما ذكر ظاهرة لانه وان كان الثلث متضمنا للسدس فلا يمنع ضمه اليه فتحصل الزيادة ولا يمنع المنع قول العناية جوابا عما أورد من أنه اذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال والا لم يبق لقوله واجازة الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لان السدس يدخل فى الثلث من حيث انه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الاولى حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد بها ايجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلا فى الثلث لانه متيقن وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث اه ووجه المنع ان صاحب الحق وهو الوارث رضى بما يحتمله كلام الموصى فالمتجه أن يقال باجتماع الثلث مع السدس وامتناع ما كان غير متيقن لحق الوارث فبعد ان رضى كيف يتكلف للمنع اه ثم رأيت القاضى زاده رحمه الله تعالى بحث فى جواب صاحب العناية ونصه أقول فى قوله وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث بحث لان ما يملكه انما هو الايصاء بالثلث اذا لم تجز الورثة وأما اذا أجازت كما هو المفروض ههنا فيملك الايصاء بما زاد على الثلث أيضا ويتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا كما مر فى أوائل هذا الكتاب فلا تتم هذه العلة فتدبر

وهلك ثلثاه له ما بقي) يعني اذا اوصى بثلث دراهمه او ثلث غنمه فهلك ثلثا كل منهما وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فللموصى له جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي منه عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا انه في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة واذا امكن الجمع جمع حق الموصى له فيما بقي تقديما للوصية على الارث لان الموصى جعل حاجته في هذا المعين مقدمة على حق ورثته بقدر الموصى به فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل والاصل في مال اشتمل على اصل وتبع اذا هلك شيء منه ان يجعل الهالك من التبع كما في مال الزكاة حيث يصرف الهالك الى العفو ولا ثم الى نصاب يليه ثم وثم (و) لو اوصى (بثلث رقيقه او ثيابه مختلفة او دوره له) اي للموصى له (ثلث ما بقي) لان الظاهر منها التفاوت بين افرادها فتكون اجناسا مختلفة فلا يمكن جمع حق احدهم في الواحد (و) لو اوصى (بالف وله) اي للموصى (نقد ودين) على الغير من جنس الالف (هو) اي الالف الموصى به (نقد ان خرج) اي الالف (من ثلثه) اي ثلث النقد لامكان ايفاء كل ذي حق حقه بلا بخس فيصار اليه (والا فثلث النقد وثلث الماخوذ من الدين) يعني كلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان العين اولى من الدين (و) لو اوصى (بثلثه لزيد وبكر الميت كان لزيد مطلقا) اي سواء علم موت بكر اولا لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم الموصى موته فله نصف الثلث لان الوصية صحيحة عنده لبكر فلم يرض للحي الا بنصف الثلث بخلاف ما اذا علم موته لان الوصية لبكر لغو فكان راضيا بكل الثلث لزيد (كذا لو) اوصى (له) اي لزيد (ولمن كان في هذا البيت ولا احد فيه) كان الثلث لزيد لان المعدوم لا يستحق مالا (او) اوصى (له) اي لزيد (ولعقبه) كان الثلث لزيد لان العقب من يعقبه بعد موته فيكون معدوما في الحال (او له) اي لزيد (ولولد بكر فمات ولده قبل موت الموصى او له ولفقراء ولده او لمن افتقر من ولده وفات شرطه عند موت الموصى) فالثلث كله لزيد في هذه الصور لان المعدوم او الميت لا يستحق شيأ فلا تثبت المزاحمة لزيد فصار كما اذا اوصى لزيد ولجدار (وان قال) ثلث مالي (بينهما) اي بين زيد وبكر (وبكر ميت فنصفه) اي نصف الثلث (لزيد) لان مقتضى هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث (اوصى لزيد مثلا بثلثه وهو) اي الموصى (فقير له) اي للموصى له (ثلث ماله) اي الموصى (عند موته) لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود الملك عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب (ولو) اوصى (بثلث غنمه ولا غنم له او هلك قبل موته بطل) اي الايصاء لما ذكر انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ فان هذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح (كذا بشاة من غنمي ولا غنم له) فان

(قوله ولو اوصى بثلث رقيقه او ثياب مختلفة) ذكر وصف الثياب بالاختلاف دون الرقيق لان الاختلاف فيه ثابت لا يحتاج الى ذكره (قوله وبكر الميت) لو قال وهو ميت لكان اولى لئلا يتوهم ان الصفة من كلام الموصى وليحسن قوله سواء علم موت بكر اولا (قوله كان لزيد مطلقا) قال الزيلعي وهذا اذا كان المزاحم معدوما من الاصل اما اذا كان خرج المزاحم بعد صحة الايجاب يخرج بحصته ولا يسلم للآخر كل الثلث لان الوصية صحت لهما وثبتت الشركة بينهما فبطلان حق احدهما بعد ذلك لا يوجب زيادة حق الآخر وذكر مثاله (قوله كذا لو اوصى له ولمن كان في هذا البيت ولا احد فيه) هذا بخلاف ما اذا اوصى له بالثلث ولعمرو ان كان في البيت ولم يكن فيه فانه لا يستحق الا نصف الثلث (قوله او اوصى له ولعقبه) لعله فيما اذا لم يولد العقب لاقل من ستة اشهر يشير اليه قوله فيكون معدوما في الحال اما اذا ولد لاقل منها فلا مانع من المشاركة (قوله وان قال ثلث مالي بينهما الخ) كذا لو كان حيا ثم مات قبل الموصى ويعود نصيبه الى ملك الموصى وان مات بعد الموصى كان نصيبه لورثته كما في الخانية (قوله ولو اوصى بثلث غنمه ولا غنم له) يعني ولم يستفد غنما بعد هذا وقت الموت ولا بد من هذا القيد لدفع التناقض بما سيأتي قال في الكافي وغيره لو اوصى بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل ولا ما لكه بعده بطلت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح وكذا اذا كانت باسم نوعه اه (قوله كذا بشاة من غنمي) اضاف الشاة اذ لو لم يضفها الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها يعتبر صورة الشاة وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية كما في الجوهرة

الوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علم ان مراده عين الشاة حيث جعله جزءا من
الغنم (و) في قوله اوصيت (بشاة من مالي له قيمتها من ماله) لانه لما قال من مالي
دل على ان غرضه الوصية بمالية الشاة (و) لو اوصى (بثلث ماله لامهات اولاده
وهن ثلاث وللفقراء والمساكين لهن) اي لامهات الاولاد (ثلاثة اخماس) من
الثلث (ولهما) اي للفقراء والمساكين (الباقيان) من ثلاثة الاخماس بالمناصفة هذا
عندهما وعند محمد يقسم الثلث على سبعة اسهم ثلاثة منها لامهات الاولاد لان
المذكور في الفقراء والمساكين لفظ الجمع واقله في الميراث اثنان والوصية اخت
الميراث ولهما ان الجمع المحلى باللام يراد به الجنس وتبطل الجمعية كقوله تعالى
لا يحل لك النساء فيراد به الواحد فيقسم على خمسة ولهن ثلاثة منها (ولو) اوصى
(بثلثه لزيد وللفقراء نصف بينهما) عندهما وعند محمد يقسم الثلث اثلاثا (ولو)
اوصى (بمائة لزيد ومائة لبكر او اوصى بها) اي بمائة (لزيد وخمسين لبكر ان اشرك
آخر معهما) اي قال لآخر اشركتك معهما (فله) اي لذلك الآخر (ثلث كل مائة
في الاول) لان نصيب زيد وبكر متساويان فيه وقد اشرك آخر معهما فيكون
شريكا لكل منهما فله ما لكل منهما وهو ثلث المائة (ونصف ما لكل منهما في
الثاني) لان تحقيق المساواة بينهم غير ممكن لتفاوت المالين ولا بد من العمل بمفهوم
لفظ الاشتراك فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس عملا
باللفظ بقدر الامكان (وفي له علي دين فصدقوه صدق الى الثلث) يعني اذا قال
المريض مخاطبا لورثته لفلان علي دين فصدقوه فيما قال صدق فلان الى الثلث
والقياس ان لا يصدق لانه امرهم بخلاف حكم الشرع وهو تصديق المدعي بلا حجة
ولان قوله لفلان علي دين اقرار بالمجهول وهو وان كان صحيحا لكن لا يحكم به الا
بالبيان وقد فات وجه الاستحسان انه سلطه على مال بما اوصى وهو يملك هذا
التسليط بمقدار الثلث بان يوصيه له ابتداء فيصح تسليطه ايضا بالاقرار له بدين
مجهول والمرء قد يحتاج الى ذلك بان يعرف اصل الحق ولا يعرف قدره فيسعى في
فكاك رقبته بهذا الطريق فيجعل وصية في حق التنفيذ وان كان دينا في حق
المستحق وجعل التقدير فيه الى الموصى له فلهذا يصدق في الثلث لا الزيادة (فان
اوصى بالثلث معه) اي مع المقر له الاول بلا رجوع عنه (عزل) اي الثلث (لهما)
اي المقر له والموصى له (والباقي) وهو الثلثان (للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا
الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم (فيقال) اي بعد
ما عزل يقال (لكل) من اصحاب الوصايا والورثة (صدقوه فيما شئتم وما بقي من

(قوله وعند محمد يقسم الثلث) قال الزيلعي في جوابه حتى لو كان فيما نحن فيه منكر اقلنا كما قال ثم هذه الوصية تكون لامهات
الاولاد اللاتي يعتقن بموته او اللاتي عتقن في حياته ان لم يكن له امهات اولاد غيرهن فان كان له امهات اولاد عتقن في حياته
وامهات اولاد يعتقن بموته كانت الوصية للاتي يعتقن بموته ولا يقال ان الوصية لمملوكه بالمال لا تجوز لان العبد لا يملك شيئا وانما تجوز
الوصية بالعتق او برقبته لكونه عتقا فوجب ان لا تجوز لامهات اولاده اللاتي يعتقن بموته لانا جوزناه استحسانا لاضافتها
الى ما بعد عتقهن لا حال حلول العتق
بين بدلا لا ة حال الموصي (قوله نصف
بينهم عندهما) يعني بين زيد والمساكين
ويجوز صرف ما للمساكين لواحد منهم
وعند محمد يقسم الثلث اثلاثا يعني ثلثه
لزيد وثلثاه للمساكين ولا يجوز صرف
ما للمساكين لاقل من اثنين عنده والخلاف
فيما اذا لم يشر الى مساكين اذ لو اشار الى
جماعة وقال ثلث مالي لهذه المساكين
لا يجوز صرفه الى واحد اتفاقا من الحقائق
كذا في شرح المجمع ولو اوصى لفقراء بلخ
فاعطى غيرهم جاز على قول ابي يوسف
وعليه الفتوى والافضل الدفع اليهم وقال
محمد لا يجوز كما في الخلاصة (قوله فله مثل
ما لكل منهما وهو ثلث المائة) صوابه
ثلثا المائة بتثنية الثلث او ثلث المائتين
بتثنية المائة (قوله لانه امرهم بخلاف
حكم الشرع وهو تصديق المدعي) اي
لزوم تصديق المدعي بلا حجة (قوله عزل
اي الثلث لهما اي للمقر له والموصى له) لعل
صوابه عزل اي الثلث له او للموصى له
اولها اي الوصية وهذا لانه اذا عزل للمقر له
وللموصى له صار المقر له شريكا فكيف
يقال لكل صدقوه فيما شئتم وايضا
لا يطابقه التعليل للعزل خصوصا قوله
وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم
عزل المعلوم فهذا وجب ان يقال كما
ذكرنا وهو عبارة جميع ما اطلعنا عليه
من كتبنا اه (قوله فيقال لكل صدقوه
فيما شئتم) استشكل الزيلعي بما حاصله
انه تقدم ان الورثة يصدقونه الى الثلث عند عدم الوصية وهنا اذا استغرقت الوصية الثلث وقيل بعد افرازه للورثة صدقوه الثلث
فيما شئتم يلزم منه ايجاب التصديق بازيد من الثلث على الورثة في شيء مما يخصهم وهو الثلثان فيجب ان لا يلزمهم تصديقه اه
وقال قاضي زاده اقول هذا الاشكال ساقط جدا اذ لا يلزم الورثة في هذه الصورة ان يصدقوه الى الثلث كما لا يلزمهم ان يصدقوه

الثلث فلاصحاب الوصايا) لا يشاركهم فيه صاحب الدين وفي العزل فائدة أخرى وهي أن أحد الفريقين قد يكون أعرف بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر ألد وألج وربما يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم فاذا عزلنا فاذا علمنا ان في التركة دينا شائعا في كل التركة فأمر أصحاب الوصايا والورثة ببيانه (واذا بينوا شيأ) يؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا به والباقي لهم ويؤخذ الورثة بثلثي ما أقروا به) لينفذ اقرار كل فريق في قدر حقه (ويحلف كل) أي كل فريق منهم (على العلم في دعوى الزيادة) أي ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره (وفي بألف لوارث وأجنبي له نصفه وخاب الوارث) يعني اذا أوصى لوارثه وللاجنبي فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لانه أوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول لا الثاني (وفي الحي والميت الكل للحي) لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من أهلها ولهذا تصح باجازة الوارث لكنه حرم لمرض (وبثلاثة أثواب متفاوتة بكل لرجل ان ضاع ثوب ولم يدر أي هو والورثة تقول لكل تلف حقك بطلت) يعني اذا كان له أثواب جيد ورديء ووسط فأوصى بكل واحد لرجل وضاع ثوب ولا يدري أيها هو والورثة تقول لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك قد ضاع فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطلت الوصية كما لو أوصى لاحد هذين الرجلين الا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين (وان سلموا الباقيين) زال المانع وهو الجحود وصحت الوصية (أخذ ذو الجيد ثلثي الجيد وذو الرديء ثلثي الرديء وذو الوسط ثلث كل) من الجيد والرديء لان الثوبين انما يقسمان بين الثلاثة على هذا الوجه وهو أن يأخذ كل واحد منهم ثلثي الثوب وانما تعين حق صاحب الجيد في الجيد اذ لا حق له في الرديء بيقين ويحتمل ان يكون حقه في الجيد بان يكون هو الجيد الاصلي ويحتمل ان يكون حقه في الضائع بان يكون هو الاجود فكان تنفيذ وصيته في محل يحتمل أن يكون حقه أولى وانما تعين صاحب الرديء اذ لا حق له في الجيد بيقين ويحتمل ان يكون حقه في الرديء بان يكون هو الرديء الاصلي ويحتمل أن يكون حقه في الضائع بان يكون الارداء فكان تنفيذ وصيته في محل يكون حقه أولى وانما تعين حق الآخر في ثلث كل من الثوبين لان صاحب الجيد لما أخذ ثلثي الجيد وصاحب الرديء ثلثي الرديء لم يبق الا ثلث كل واحد منهما فقد تعين حقه في ذلك ضرورة كذا في الكافي (وببيت معين من دار مشتركة تقسم فان أصاب) أي البيت المعين (الموصي فهو للموصى له والا) أي وان لم يصبه (فله قدره) يعني اذا كانت دار بين رجلين فأوصى أحدهما لرجل ببيت منها بعينه فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عندهما وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت فيما أصاب الموصي عندهما وعند محمد مثل ذرع نصف البيت (كما في الاقرار) يعني اذا كان

في أكثر من الثلث وانما اللازم لهم ولاصحاب الوصايا في هذه الصورة أن يصدقوه فيما شاؤوا فان أصحاب الوصايا المستغرقة للثلث لا يأخذونه بطريق التمليك التام بل بطريق العزل والافراز فكان باقيا على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعى فيما شاؤوا ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في أيديهم ولئن سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في أيديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديق المدعى أيضا فيكفي جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال وعن هذا قالوا ان هذا تصرف يشبه الاقرار والوصية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين تأمل ترشد اه (قلت) ليس فيه توجيه لما ادعاه من سقوط اشكال الزيلعي ويمكن الجواب بأنه لا دافع لما أقروا به ولا مبطل لما أوصى به فلزم انتقاص الثلثين بهذا ولزم التصديق معه والفرق بينه وبين ما تقدم انه لما لم يكن هناك اجتماع الوصية مع الاقرار بالدين اختصوا بالثلثين ولم يلزمهم التصديق بما ينقصهما وقد اجتمعا هنا فلزم ضرورة تصديقهم والانتقاص به فلم يختصوا بثلثي جميع المال لتقدم الدين ولو كان من وجه عليهما (قوله وفي الحي والميت الكل للحي) مستدرك واعادته لذكر الفرق شرحا ليس مسوغا للتكرار (قوله ومثله بثلاثة أثواب) لا محل للفظة مثله (قوله فكان تنفيذ وصيته في محل يكون حقه أولى) عبارة الكافي من محل يحتمل أن يكون حقه (قوله كذا في الكافي) علمت عبارته وتمامها ولانه يحتمل أن يكون حقه في الجيد بأن كان الضائع أجود فيكون هذا وسطا ويحتمل أن يكون في الرديء بأن يكون الضائع أردأ فيكون هذا وسطا فكان هذا تنفيذ وصيته في محل يحتمل أن يكون حقه كذا قرره صاحب الهداية في شرحه للجامع الصغير اه (قوله وببيت معين) ذكر في الكافي والتبيين كيفية قسمته (قوله كما في الاقرار) قال في الكافي والاصح أنه على الاتفاق والفرق لمحمد أن الاقرار بملك الغير صحيح حتى لو تملكه بعده أمر بالتسليم الى المقر له أما الوصية بملك الغير فلا تصح حتى لو ملكه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ

الوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علم ان مراده عين الشاة حيث جعله جزأ من الغنم (و) في قوله اوصيت (بشاة من مالي له قيمتها من ماله) لانه لما قال من مالي دل على ان غرضه الوصية بمالية الشاة (و) لو اوصى (بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين لهن) اى لامهات الاولاد (ثلاثة اخماس) من الثلث (ولهما) اى للفقراء والمساكين (الباقيان) من ثلاثة الاخماس بالمناصفة هذا عندهما وعند محمد يقسم الثلث على سبعة أسهم ثلاثة منها لامهات الاولاد لان المذكور في الفقراء والمساكين لفظ الجمع وأقله في الميراث اثنان والوصية اخت الميراث ولهما أن الجمع المحلى باللام يراد به الجنس وتبطل الجمعية كقوله تعالى لا يحل لك النساء فيراد به الواحد فيقسم على خمسة ولهن ثلاثة منها (ولو) اوصى (بثلثه لزيد وللفقراء نصف بينهما) عندهما وعند محمد يقسم الثلث أثلاثا (ولو) اوصى (بمائة لزيد ومائة لبكر او اوصى بها) اى بمائة (لزيد وخمسين لبكر ان اشرك آخر معهما) اى قال لآخر اشركتك معهما (فله) اى لذلك الآخر (ثلث كل مائة في الاول) لان نصيب زيد وبكر متساويان فيه وقد اشرك آخر معهما فيكون شريكا لكل منهما فله ما لكل منهما وهو ثلث المائة (ونصف ما لكل منهما في الثاني) لان تحقيق المساواة بينهم غير ممكن لتفاوت المالين ولا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس عملا باللفظ بقدر الامكان (وفي له على دين فصدقوه صدق الى الثلث) يعني اذا قال المريض مخاطبا لورثته لفلان على دين فصدقوه فيما قال صدق فلان الى الثلث والقياس أن لا يصدق لانه أمرهم بخلاف حكم الشرع وهو تصديق المدعى بلا حجة ولان قوله لفلان على دين اقرار بالمجهول وهو وان كان صحيحا لكن لا يحكم به الا بالبيان وقد فات وجه الاستحسان انه سلطه على مال بما أوصى وهو يملك هذا التسليط بمقدار الثلث بان يوصيه له ابتداء فيصح تسليطه أيضا بالاقرار له بدين مجهول والمرء قد يحتاج الى ذلك بأن يعرف أصل الحق ولا يعرف قدره فيسعى في فكاك رقبته بهذا الطريق فيجعل وصية في حق التنفيذ وان كان دينا في حق المستحق وجعل التقدير فيه الى الموصى له فلهذا يصدق في الثلث لا الزيادة (فان اوصى بالثلث معه) اى مع المقر له الاول بلا رجوع عنه (عزل) اى الثلث (لهما) اى المقر له والموصى له (والباقي) وهو الثلثان (للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم (فيقال) اى بعد ما عزل يقال (لكل) من اصحاب الوصايا والورثة (صدقوه فيما شئتم وما بقي من

(قوله وعند محمد يقسم الثلث) قال الزيلعي في جوابه حتى لو كان فيما نحن فيه منكرا قلنا كما قال ثم هذه الوصية تكون لامهات الاولاد اللاتي يعتقن بموته أو اللاتي عتقن في حياته ان لم يكن له أمهات أولاد غيرهن فان كان له أمهات أولاد عتقن في حياته وامهات أولاد يعتقن بموته كانت الوصية اللاتي يعتقن بموته ولا يقال ان الوصية لمملوكه بالمال لا تجوز لان العبد لا يملك شيأ وانما تجوز الوصية بالعتق أو برقبته لكونه عتقا فوجب ٤٣٦ أن لا تجوز لامهات أولاده اللاتي يعتقن بموته لانا جوزناه استحسانا لاضافتها الى ما بعد عتقهن لا حال حلول العتق بين يديها لا حال الموصى (قوله نصف بينهم عندهما) يعني بين زيد والمساكين ويجوز صرف ما للمساكين لواحد منهم وعند محمد يقسم الثلث اثلاثا يعني ثلثه لزيد والثلثان للمساكين ولا يجوز صرف ما للمساكين لاقل من اثنين عنده والخلاف فيما اذا لم يشر الى مساكين اذ لو اشار الى جماعة وقال ثلث مالي لهذه المساكين لا يجوز صرفه الى واحد اتفاقا من الحقائق كذا في شرح المجمع ولو أوصى لفقراء بلخ فأعطى غيرهم جاز على قول أبي يوسف وعليه الفتوى والافضل الدفع اليهم وقال محمد لا يجوز كما في الخلاصة (قوله فله مثل ما لكل منهما وهو ثلث المائة) صوابه ثلثا المائة بتثنية الثلث أو ثلث المائتين بتثنية المائة (قوله لانه أمرهم بخلاف حكم الشرع وهو تصديق المدعى) أى لزوم تصديق المدعى بلا حجة (قوله عزل أى الثلث لهما أى للمقر له والموصى له) لعل صوابه عزل اى الثلث له أو للموصى له أولها اى الوصية وهذا لانه اذا عزل للمقر له وللموصى له صار المقر له شريكا فكيف يقال لكل صدقوه فيما شئتم وأيضا لا يطابقه التعليل للعزل خصوصا قوله وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم فهذا يوجب أن يقال كما ذكرنا وهو عبارة جميع ما اطلعنا عليه من كتبنا اه (قوله فيقال لكل صدقوه فيما شئتم) استشكل الزيلعي بما حاصله انه تقدم أن الورثة يصدقونه الى الثلث عند عدم الوصية وهنا اذا استغرقت الوصية الثلث وقيل بعد افرازه للورثة صدقوه الثلث فيما شئتم يلزم منه ايجاب التصديق بأزيد من الثلث على الورثة في شئ مما يخصهم وهو الثلثان فيجب أن لا يلزمهم تصديقه اه وقال قاضي زاده أقول هذا الاشكال ساقط جدا اذ لا يلزم الورثة في هذه الصورة أن يصدقوه الى الثلث كما لا يلزمهم أن يصدقوه

الثلث فلاصحاب الوصايا) لا يشاركهم فيه صاحب الدين وفي العزل فائدة اخرى وهي ان احد الفريقين قد يكون اعرف بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد وأجور بما يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم فاذا عزلنا اقلنا علمنا ان في التركة دينا شائعا في كل التركة فأمر اصحاب الوصايا والورثة ببيانه (واذا بينوا شيأ) يؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما أقروا به والباقي لهم ويؤخذ الورثة بثلثي ما أقروا به) لينفذ اقرار كل فريق في قدر حقه (ويحلف كل) اي كل فريق منهم (على العلم في دعوى الزيادة) اي ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره (وفي بألف لوارث وأجنبي له نصفه وخاب الوارث) يعني اذا أوصى لوارثه ولاجنبي فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لانه أوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول لا الثاني (وفي الحي والميت الكل للحي) لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من أهلها ولهذا تصح باجازة الوارث لكنه حرم لمرض (وبثلاثة أثواب متفاوتة بكل لرجل ان ضاع ثوب ولم يدر أي هو والورثة تقول لكل توى حقك بطلت) يعني اذا كان له أثواب جيد ورديء ووسط فأوصى بكل واحد لرجل وضاع ثوب ولا يدري أيها هو والورثة تقول لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك قد ضاع فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطلت الوصية كما لو أوصى لاحد هذين الرجلين الا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين (وان سلموا الباقيين) زال المانع وهو الجحود وصحت الوصية (أخذ ذو الجيد ثلثي الجيد وذو الرديء ثلثي الرديء وذو الوسط ثلث كل) من الجيد والرديء لان الثوبين انما يقسمان بين الثلاثة على هذا الوجه وهو ان يأخذ كل واحد منهم ثلثي الثوب وانما تعين حق صاحب الجيد في الجيد اذ لا حق له في الرديء بيقين ويحتمل ان يكون حقه في الجيد بان يكون هو الجيد الاصلي ويحتمل ان يكون حقه في الضائع بان يكون هو الاجود فكان تنفيذ وصيته في محل يحتمل أن يكون حقه أولى وانما تعين صاحب الرديء اذ لا حق له في الجيد بيقين ويحتمل ان يكون حقه في الرديء بان يكون هو الرديء الاصلي ويحتمل أن يكون حقه في الضائع بان يكون الاردأ فكان تنفيذ وصيته في محل يكون حقه أولى وانما تعين حق الآخر في ثلث كل من الثوبين لان صاحب الجيد لما أخذ ثلثي الجيد وصاحب الرديء ثلثي الرديء لم يبق الا ثلث كل واحد منهما فقد تعين حقه في ذلك ضرورة كذا في الكافي (وببيت معين من دار مشتركة تقسم فان أصاب) اي البيت المعين (الموصي فهو للموصى له والا) اي وان لم يصبه (فله قدره) يعني اذا كانت دار بين رجلين فأوصى احدهما لرجل ببيت منها بعينه فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عندهما وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت فيما أصاب الموصي عندهما وعند محمد مثل ذرع نصف البيت (كما في الاقرار) يعني اذا كان

بأ كثر من الثلث وانما اللازم لهم ولاصحاب الوصايا في هذه الصورة أن يصدقوه فيما شاؤوا فان اصحاب الوصايا المستغرقة للثلث لا يأخذونه بطريق التملك التام بل بطريق العزل والافراز فكان باقيا على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعي فيما شاؤوا ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في أيديهم ولئن سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في أيديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديق المدعي أيضا فيكفي جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال وعن هذا قالوا ان هذا تصرف يشبه الاقرار والوصية فباعتبار شبهة الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبهة الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين تأمل ترشد اه (قلت) ليس فيه توجيه لما ادعاه من سقوط اشكال الزيلعي ويمكن الجواب بأنه لا دافع لما أقروا به ولا مبطل لما أوصى به فلزم انتقاص الثلثين بهذا ولزم التصديق معه والفرق بينه وبين ما تقدم انه لما لم يمكن هنالك اجتماع الوصية مع الاقرار بالدين اختصوا بالثلثين ولم يلزمهم التصديق بما ينقصهما وقد اجتمعا هنا فلزم ضرورة تصديقهم والانتقاص به فلم يختصوا بثلثي جميع المال لتقدم الدين ولو كان من وجه عليهما (قوله وفي الحي والميت الكل للحي) مستدرك واعادته لذكر الفرق شرحا ليس مسوغا للتكرار (قوله ومثله بثلاثة أثواب) لا محل للفظة مثله (قوله فكان تنفيذ وصيته في محل يكون حقه أولى) عبارة الكافي من محل يحتمل أن يكون حقه (قوله كذا في الكافي) علمت عبارته وتمامها ولانه يحتمل أن يكون حقه في الجيد بأن كان الضائع أجود فيكون هذا وسطا ويحتمل أن يكون في الرديء بأن يكون الضائع أردأ فيكون هذا وسطا فكان هذا تنفيذ وصيته في محل يحتمل أن يكون حقه كذا قرره صاحب الهداية في شرحه للجامع الصغير اه (قوله وببيت معين) ذكر في الكافي والتبيين كيفية قسمته (قوله كما في الاقرار) قال في الكافي والاصح انه على الاتفاق والفرق لمحمد ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى لو تملكه بعده أمر بالتسليم الى المقر له أما الوصية بملك الغير فلا تصح حتى لو ملكه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ

مكان الوصية اقرارا فالحكم كذلك قيل بالاجماع وقيل فيه خلاف محمد (وبألف معين من مال زيد له الاجازة بعد موت الموصي والمنع بعدها) يعني اذا اوصى من مال رجل لآخر بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه اليه جاز وله ان يمنع لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته فان اجاز كان تبرعا منه أيضا فله أن يمتنع من التسليم لانه لم يتم بعد فأشبه الهبة قبل التسليم بخلاف ما اذا أوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا أجازوها اسقط حقهم فتنفذ من جهة الموصي (أقر احد الابنين بعد القسمة بوصية أبيه دفع ثلث نصيبه) لانه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا أقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه أما الموصى له بالثلث فشريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه (ولدت الموصى بها لزيد بعد موت الموصي وقبل القسمة وقبول الموصى له فهما له ان خرجا من الثلث والا أخذ الثلث منها ثم منه) يعني اذا اوصى لرجل بأمة فولدت بعد موت الموصي ولدا قبل القسمة وكلاهما يخرجان من ثلث ماله فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية أصالة والولد تبعا لاتصاله بالام فاذا ولدت ولدا قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على حكم ملك الميت بدليل انه ينفذ وصاياه منه وتقضى ديونه دخل في الوصية كأنه أوجب فيهما الوصية فكانا للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ينفذ وصيته أولا من الام ثم من الولد هذا اذا ولدت قبل القسمة وقبل قبول الموصى له (ولو) ولدت (بعدهما) اى بعد القبول وبعد القسمة (فهو للموصى له) لان التركة بعد القسمة خرجت من حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له (ولو) ولدت (بعد القبول وقبلها) اى القسمة ذكر القدوري انه لا يكون موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدت بعد القسمة ومشايخنا (قالوا يصير موصى به) حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول (ولو) ولدت (قبل موت الموصي) لم يدخل تحت الوصية بل (يبقى على) حكم (ملكه) أى ملك الميت لانه لم يدخل تحت الوصية قصدا ولا سراية والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا كذا في الكافي

﴿باب العتق في المرض﴾

الاعتاق في المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مخصوصة افرده بباب على حدة واخره عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل (المعتبر حال العقد في تصرف انشائي فيه معنى التبرع) احتراز عن تصرف اخباري فانه اذا اقر بالدين في المرض نفذ من كل المال وكذا النكاح فيه بمهر المثل نفذ من كل المال (فلو كان) ذلك التصرف الانشائي (في الصحة فمن) اى يعتبر من (كل ماله والا فمن ثلثه) بخلاف الاخباري وما ليس فيه تبرع فانه ليس كذلك (والمعتبر حال الموت في الاضافة اليه فيكون) ذلك التصرف الانشائي (من ثلثه مطلقا) سواء كان في الصحة أو المرض بعد أن كان مضافا الى الموت (اذا مات) لوجود المضاف

(قوله دفع ثلث نصيبه) هو استحسان والقياس أن يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر (قوله بخلاف ما اذا أقر احدهما بدين لغيره) يعني فيدفع اليه كل ما في يده اذا كان الدين مستغرقا له (قوله وان لم يخرجا من الثلث تنفذ وصيته اولا من الام ثم من الولد) قال في الكافي وعندهما تنفذ منهما على السواء وكذا في الهداية وجعل في الجوهرة الخلاف على عكس هذا فقال وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يأخذ ذلك من الام فان فضل شيء أخذه من الولد ثم قال وهذا ينافي ما ذكر في الهداية وهو مثل ما في القدوري اه والله اعلم

﴿باب العتق في المرض﴾

(قوله بخلاف الاخباري) يعني كالاقرار بالدين وما ليس بتبرع يعني كالنكاح بمهر المثل فانه ليس كذلك يعني لا يكون معتبرا بحال صدوره من المريض بل يكون من جميع المال (قوله واعتاقه الخ) الانسب ذكره بالفاء تفريعا على ما جعله أصلا (قوله لانها في حكم الوصية) شبهت بالوصية ولم تكن وصية لان الوصية ايجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة في الحال لكن لما كانت في المرض صارت كحكمها لتعلق حق الورثة (قوله فان حابى ثم اعتق الخ) تفريع على مقدر كأنه قيل المحابات والهبة الخ اذا لم يضق الثلث أخرج الجميع منه اما لو ضاق فحابى فأعتق فهي أحق

اليه (ومرض صح منه كالصحة) لان حق الوارث والغريم انما يتعلق بماله فى مرض
الموت وبالبرء ظهر انه ليس كذلك (واعتاقه) اى المريض (ومحاباته وهبته وضمانه
من الثلث) لانها فى حكم الوصية لكونها فى المرض (فان حابى فاعتق فهى) اى
المحاباة (احق) من العتق (وهما) اى المحاباة والعتق (فى عكسه) اى اذا اعتق
فحابى (سواء) صورة المحاباة ثم الاعتاق ما اذا باع عبدا قيمته مائتان بمائة ثم اعتق
عبدا قيمته مائة ولا مال له سواهما يصرف الثلث الى المحاباة ويسعى العبد فى كل
قيمته وصورة العكس اعتق العبد الذى قيمته مائة ثم باع العبد الذى قيمته
مائتان بمائة فانه يقسم الثلث وهو المائة بينهما نصفين فالعبد المعتق يعتق نصفه
محاباة ويسعى فى نصف قيمته وصاحب المحاباة يأخذ العبد الآخر بمائة وخمسين
(وعندهما اعتقه اولى فيهما) اذ لا يلحقه الفسخ وله ان المحاباة اقوى لانه فى ضمن
عقد المعاوضة لكن ان وجد العتق اولا وهو لا يحتمل الرفع يزاحم المحاباة (فى
عتقه بين المحاباتين نصف) من الثلث (للاولى) من المحاباتين (ونصف للاخريين)
يعنى العتق والمحاباة الثانية لان العتق يتقدم عليها فيستويان (وفى عكسه) يعنى
اذا اعتق ثم حابى ثم اعتق (لها) اى للمحاباة (نصف ولهما) اى للعتقين (نصف)
يعنى يقسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق
الثانى (تبطل) اى الوصية (بعتق عبده ان جنى بعد موته فدفع) يعنى اذا اوصى
بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لان
حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى وحق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته
الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما
اذا باعه الموصى او وارثه بعد موته بان ظهر على الميت دين وقد اوصى بعتق العبد
بيع العبد بدينه (وان فدى لا) اى ان فداه الورثة كان الفداء فى مالهم لانهم هم
الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كأنه لم يجن
فينفذ الوصية (اوصى لزيد بثلث ماله وترك عبدا فادعى زيد عتقه فى صحته والوارث
فى مرضه) يعنى اذا اوصى رجل له وارث لزيد بثلث ماله وترك عبدا فاقر كل من
الوارث وزيد انه اعتقه لكن ادعى زيد اعتاقه فى صحته لئلا يكون وصية تنفذ من
الثلث وادعى الوارث اعتاقه فى مرضه ليكون وصية (صدق الوارث وحرم زيد) لان
الموصى له يدعى استحقاق ثلث ما بقى من التركة بعد العتق لان الاعتاق فى الصحة
ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه العتق فى
المرض وهو وصية ايضا لكنه مقدم على الوصية بثلث المال وكان منكرا والقول
للمنكر مع اليمين (الا ان يفضل من ثلثه شئ) على قيمة العبد اذ لا مزاحم (او
يبرهن) اى زيد (على دعواه) ان الاعتاق فى الصحة فله المال لان الثابت بالبينة
كالثابت عيانا وهو خصم فى اقامتها لاثبات حقه (ادعى زيد دينا على ميت وادعى
عبده اعتاقه فى صحته وصدقهما وارثه سعى العبد فى قيمته وتدفع) اى تلك القيمة
(الى الغريم وقالا يعتق ولا يسعى فى شئ) لان العتق والدين ظهرا معا بتصديق
الوارث فى كلام واحد فصار كأنهما ثبتا بالبينة ومن اعتق عبدا فى صحته فمات

(قوله وله ان المحاباة اقوى لانه فى ضمن
عقد) كان ينبغى ان لا يقتصر فى التعليل
للامام على ما ذكر فيذكر كما قال فى الكافى
وله ان المحاباة اقوى من العتق لانها تثبت
فى ضمن المعاوضة فكانت تبرعا معنى
لا صيغة والاعتاق تبرع صيغة ومعنى
فاذا وجدت المحاباة اولا دفعت الاضعف
واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل
الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى
هذا الاصل قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى
اذا اعتق ثم حابى الخ (قوله وادعى عبده
اعتاقه) اى ولا مال للميت غيره

وعليه دين لم يسع العبد له في شيء فهذا مثله وله ان الاقرار بالدين اقوى ولهذا يعتبر من كل المال في جميع الاحوال وليس هو بوصية من المريض والاقرار بالعتق في المرض بمنزلة الوصية حتى اعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق اصلا لكنه بعد الوقوع لا يحتمل الانتقاض فنقضناه معنى بايجاب السعاية (مات وترك ابنا والف درهم فقال رجل لي عليه الف درهم و) قال رجل (آخر الالف المتروك وديعة لي وصدقهما) اي الابن (قيل الوديعة عنده اقوى وعندهما سواء) هذا مختار صاحب الهداية (وقيل الالف بينهما نصفان عنده وعندهما الوديعة اولى) هذا مختار صاحب الكافي

﴿باب الوصية للاقارب وغيرهم﴾

(اقاربه) هذا وما عطف عليه مبتدأ خبره قوله الآتي محرماه فصاعدا (واقرباؤه وذو قرابته وذو انسابه محرماه فصاعدا من ذوي رحمه الاقرب فالاقرب) يعني اذا اوصى لواحد مما ذكر فهي عند ابي حنيفة للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه (سوى الوالدين والولد) اذ لا يطلق عليهما اسم القريب ومن سمى والده قريبا كان عاقا لان القريب في العرف من يتقرب اليه غيره بواسطة الغير وتقرب الوالد والولد بنفسهما لا بغيرهما ويدخل فيه الجد والجدة وولد الولد في ظاهر الرواية لما ذكروا انما اعتبر الاقربية لان الوصية اخت الميراث وهي تعتبر في الميراث فكذا فيها والجمع المذكور في الميراث اثنان فكذا في الوصية وانما اعتبر المحرمية لان المقصود من الوصية صلة القريب فيختص بها من يستحق الصلة من قرابته ويستوي فيه الصغير والكبير والحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر وعندهما يدخل في الوصية كل قريب ينسب اليه من قبل الاب والام الى اقصى

(قوله هذا مختار صاحب الهداية) ليس المراد انه قال هو المختار عندي بل ذكر الخلاف كما ذكر فدل على انه مختاره وعبارته كما ذكرها العيني في شرحه للهداية قال اي محمد في الجامع الصغير ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين ثم قال بعد تعليله وعلى هذا الخلاف المذكور اذا مات رجل وترك الف درهم وقال رجل لي على الرجل الف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده اي ابي حنيفة رحمه الله تعالى الوديعة اقوى وعندهما سواء اي الدين والوديعة سواء اهـ ثم قال الشارح العيني وفي عامة الكتب نحو المنظومة وشروحها والكافي ذكروا الخلاف على عكس ما ذكر صاحب الهداية وقال الكافي ولا يصح ما ذكروا فيهما وقال الاتزاري جعل صاحب الهداية الوديعة اقوى عند ابي حنيفة وجعل الدين والوديعة سواء عند صاحبيه والكبار قبل صاحب الهداية ذكروا الخلاف على عكس هذا ثم نقل عن الكافي للحاكم الشهيد بعد ذكر صورة المسئلة قال ابو حنيفة الالف بينهما نصفان وقال ابو يوسف ومحمد صاحب الوديعة اولى ونقل عن المنظومة من كتاب الاقرار في باب ابي حنيفة خلافا عن الفقيه ابي الليث ونقل ايضا عن القدوري انه ذكر في التقريب هكذا وكذا نقل عن المنظومة من كتاب الاقرار في باب ابي حنيفة خلافا لصاحبيه فقال

لو ترك الفا وهذا يدعي
دينا وذا الثاني قال هذا مودعي
والابن قد صدق هذين معا
فاستويا واعطيا من اودعا اهـ

وقال الزيلعي بعد ذكر عبارة الهداية وقال في النهاية ذكر فخر الاسلام والكيساني الوديعة اقوى عندهما لا عنده عكس ما ذكر في الهداية ثم قال وذكر في المنظومة ما يؤيد فخر الاسلام والكيساني ثم ذكر النظم ووجهه ثم قال وصاحب الكافي ضعف ايضا ما ذكر من الهداية وجعل الاصح خلافه اهـ (قوله هذا مختار صاحب الكافي) يعني النسفي وعبارته ومن مات وترك ابنا وعبدا فقال رجل لي على ابيك الف دين وقال العبد اعتقني ابوك في صحته فقال الابن صدقتما سعى العبد في قيمته ويدفع القيمة الى الغريم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا يعتق ولا يسعى في شيء ثم قال بعد تعليله وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ابنا والف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم وقال رجل هذا الالف الذي تركه ابوك كان وديعة لي عند ابيك وقال الابن صدقتما فعنده الالف بينهما نصفان لانه لم تظهر الوديعة الا والدين ظاهر معها فيتحاصان كما لو اقر بالدين ثم بالوديعة وقالا الوديعة احق لانها ثبتت في عين المال والدين يثبت في الذمة اولا ثم ينتقل الى العين فكانت اسبق فكان صاحبها احق كما لو كان المورث حيا وقال صدقتما بعد ما قالا الا ان الاقرار من الوارث بالدين يتناول التركة لا الذمة فقد وقعا بخلاف المورث وذكر في الهداية فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء والاصح ما ذكرنا اولا وبه ينطق شرح الجامع الصغير وشرح المنظومة اهـ والله اعلم ﴿باب الوصية للاقارب﴾ (قوله يعني اذا اوصى لواحد مما ذكر الخ) غير مطابق للمتن (قوله سوى الوالدين والولد) متفق عليه وفي عبارة المصنف ايهام الخلاف (قوله ويدخل فيه الجد والجدة وولد الولد في ظاهر الرواية) كذا في الكافي والتبيين ورايت معزوا الى البدائع انهم لا يدخلون وهو الصحيح اهـ

(قوله ويستوى فيه الاقرب والابعد والواحد والجمع) محل الخلاف فى الجمع ما اذا لم يقل الاقرب فالاقرب أما لو قال مع ما ذكر من الالفاظ الاقرب فالاقرب فانه لايعتبر الجمع اتفاقا لان الاقرب اسم فرد خرج تفسيرا للاول ويدخل فيه المحرم وغيره ولكن يقدم الاقرب بصريح شرطه كما فى شرح المجمع عن الحقائق (قوله لان قرابتهما مستويان) اهله كما قال الزيلعى لان قرابتهما مستويتان والاولى ما قال فى الكافى لاستواء قرابتهما اه فكان الاولى للمصنف أن يقول لان قرابتهما مستوية (قوله وجيرانه ملاصقوه) ويستوى الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى والصغير والكبير ولايدخل فيه العبيد والاماء والمدبرون وامهات الاولاد لانهم لاجوار لهم لانهم اتباع فى السكنى والمكاتب يدخل كذا ذكر فى الزيادات والمحيط من غير ذكر خلاف وفى الهداية يدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن كذا فى الكافى وفى التبيين وتدخل الارملة لان سكناها يضاف اليها ولاتدخل التى لها بعل لان سكناها غير مضاف اليها وانما هى تبع فلم تكن جارا حقيقة اه (قوله وأصهاره كل ذى رحم محرم من امرأته) قال فى الكافى وهذا التفسير اختيار محمد رحمه الله تعالى وأبى عبيد اه وكذا قال الزيلعى ثم قال وفى الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة ولم يقيده ٤٤١ بالمحرم اه وقال العينى فى شرحه للهداية قال

اب فى الاسلام ويستوى فيه الاقرب والابعد والواحد والجمع والكافر والمسلم واختلف فى اشتراط اسلام اقصى الاب وقد فرع على قوله الاقرب فالاقرب بقوله (فلو له عمان وخالان فهو) اى الموصى به (لعميه) يعنى اذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالموصى به لعميه لانه يعتبر الاقرب فالاقرب كما فى الارث وعندهما يقسم بينهم ارباعا لان اسم القريب يتناولهم ولا يعتبران الاقربية (وفى عم وخالين نصف بينه وبينهما) اى نصف الموصى به للعم ونصفه للخالين لان اللفظ جمع فلابد من اعتبار معنى الجمعية وهو الاثنان فى الوصية كما عرف فيضم الى العم الخالان ليصير جمعا فيأخذ هو النصف لانه اقرب ويأخذان النصف لعدم من يتقدم عليهما فيه بخلاف ما اذا اوصى لذى قرابته حيث يكون جميع الوصية للعم لانه لفظ مفرد فيحرز جميع الوصية لانه الاقرب (وفى عم له نصف) لما ذكر من اعتبار معنى الجمعية واخذ النصف (وفى عم وعمة استويا) لان قرابتهما مستويان ومعنى الجمع قد تحقق بهما فاستحقا (وجيرانه ملاصقوه) عند ابى حنيفة وزفر وهو القياس لان الجار عند الاطلاق انما يتناول الجار الملاصق وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم الجار احق بسقبه اى بقربه والمراد هو الملازق وفى الاستحسان وهو قولهما هو من يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد محلته لان الكل يسمى جيرانا عرفا (واصهاره كل ذى رحم محرم من امرأته) لانه صلى الله عليه وسلم لما تزوج صفية أخرج كل

الانزارى قول محمد أى ابن الحسن حجة فى اللغة واستشهد به أبو عبيد فى غريب الحديث وقال فى مجمل اللغة قال الخليل لا يقال لاهل بيت المرأة الا الاصهار وكذا قال الجوهرى وقد نظم الامام نجم الدين النسفى فى نظمه لكتاب الزيادات بيتين يشتملان على معنى الصهر والختن فقال

أصهار من يوصى أقارب حرمته
ويزول ذلك بباتن وحرام

اختانه أزواج كل محارم
ومحارم الازواج بالارحام

وقال فخر الاسلام البزدوى فى شرح الزيادات أما الصهر فقد ينطلق على الختن لكن الغالب ما ذكره محمد رحمه الله تعالى قال حاتم بن عدى

ولو كنت صهرا لابن مروان قربت
ركابى الى المعروف والطعن الرحب

٥٦ درر نى ولكننى صهر لآل محمد * وخال بنى العباس والخال كالاب سمى نفسه صهرا وكان أخا امرأة العباس اه وقال الزيلعى وشرطه أن يموت وهى منكوحته أو معتدته من طلاق رجعى لا بائن سواء ورثت بأن أبانها فى المرض أو لم ترث وقال الحلوانى الاصهار فى عرفهم كل ذى رحم محرم من نسائه التى يموت هو وهن نساؤه أو فى عدة منه وفى عرفنا أبو المرأة وامها ولا يسمى غيرهما صهرا اه وقال فى البرهان أوصى لاصهاره تكون الوصية لكل ذى رحم محرم من امرأته وتكون لكل ذى رحم محرم من امرأة أبيه وابنه وامرأة كل ذى رحم محرم منه لان الكل أصهار اه (قوله لان النبى صلى الله عليه وسلم لما تزوج صفية) أقول كذا فى الهداية والكافى والتبيين وشرح المجمع وقال الامام العينى رحمه الله تعالى فى شرحه للهداية قوله صفية وهم وصوابه جويرية أخرجه أبو داود فى سننه فى العتاق عن محمد بن اسحق عن محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة رضى الله عنها قالت وقعت جويرية بنت الحرث بن المصطلق فى سهم ثابت بن قيس بن شماس وابن عم له فكاتبت عن نفسها وكانت امرأة ملاحة تأخذها العين قالت عائشة رضى الله عنها فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتابتها فلما قامت على الباب رأيتها فكرهت مكانها وعرفت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سيرى منها مثل الذى رأيت فقالت يارسول الله انا جويرية بنت الحرث وقد كان من أمرى ما لايخفى عليك وانى وقعت فى سهم ثابت بن قيس بن شماس وانى كاتبت على نفسى فجئت

اسألك فى كتابتى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهل لك الى ما هو خير منه قالت يارسول الله ما هو قال أؤدى عنك كتابتك
وأتزوجك قالت نعم يارسول الله قال قد فعلت قال فتسامع الناس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد تزوج جويرية فأرسلوا
ما بأيديهم يعنى من السبى فأعتقوهم وقالوا أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت فما رأيت امرأة أعظم بركة على قومها منها
أعتق فى سببها مائة بيت من بنى المصطلق اه ورواه الواقدى من طريق أخرى وفيه وكان الحرث بن أبى ضرار رأس بنى المصطلق
وسيدهم وكانت ابنته جويرية اسمها برة فسماها رسول الله صلى الله عليه وسلم جويرية لانه كان يكره ان يقال خرج من بيت برة
ويقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل صداقها عتق كل أسير من بنى المصطلق ويقال جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
صداقها عتق أربعين من قومها اه (قلت) وكذا فى مسند أحمد والبزار وابن راهويه عن عائشة رضى الله عنها قالت أصاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم نساء بنى المصطلق فأخرج الخمس منه ثم قسم بين الناس وأعطى الفارس سهمين والراجل سهما فوقعت
جويرية بنت الحرث فى قسم ثابت بن قيس بن شماس الانصارى فكاتبها على نفسها على تسع أواق من ذهب الى أن قالت
فدخلت تسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ٤٤٢ فى كتابتها فقالت يارسول الله أنا امرأة مسلمة أشهد ان لا اله الا الله وانك رسول
الله وانا جويرية بنت الحرث سيد قومه
أصابنى من الامر ما قد علمت فوقعت فى
سهم ثابت بن قيس فكاتبنى على ما لا طاقة
لى به وما أكرهنى على ذلك الا انى
رجوتك صلى الله عليك فأعنى فى فكاكى
فقال أو خير من ذلك فقالت ما هو وقال
أؤدى عنك كتابتك وأتزوجك قالت نعم
يارسول الله قال قد فعلت فأدى رسول
الله صلى الله عليه وسلم ما كان عليها من
كتابتها وتزوجها فخرج الخبر الى الناس
فقالوا أصهار رسول الله صلى الله عليه
وسلم يسترقون فأعتقوا ما كان بأيديهم
من سبى بنى المصطلق مائة أهل بيت
قالت فلا أعلم امرأة كانت على قومها
أعظم بركة منها اه (قلت) لكن جزم
العينى بان قوله فى الهداية صفية وهم
وصوابه جويرية يخالفه ما قال فى
الخصائص النبوية لابن الملقن اعتق
صلى الله عليه وسلم صفية وتزوجها وجعل عتقها صداقها كما ثبت فى الصحيحين وفى رواية من حديث ابن عمران جويرية تحقيق
وقع لها مثل ذلك لكن أعلها ابن حزم بيعقوب بن حميد بن كاسب وهو مختلف فيه لا كما جزم بتضعيفه اه وتغنم هذه الفائدة
وتغتفر اطالتها (قوله اخرج كل من ملك من ذى رحم محرم منها) قد علمت مما سبق ان النبى كان قد قسم فالمخرج الصحابة اكراما
لرسول الله صلى الله عليه وسلم وفى الاستدلال به على ان الصهر كل ذى رحم محرم من امرأته تأمل لما قد علمت من القصة (قوله
واهله امرأته) اجيب عما ورد عليه فى شرح الهداية (قوله وعندهما من كان فى عياله) ليس على اطلاقه فان المملوك والوارث
غير داخل (قوله وولد زيد يتناول الذكر والانثى) قال فى الهداية والوصية بينهم الذكر والانثى فيه سواء وقال العينى فى شرحها
قال الفقيه ابو الليث فى كتاب نكت الوصايا ولو اوصى لولد فلان وليس لفلان ولد صلب فالوصية لولد ولده واذا كان له ولد واحد
من ولد الصلب فالوصية كلها له وليس لولد الولد شئ وقال شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى لو كان له ولد واحد ذكرا وانثى
فجميع الوصية له وذكر الكرخى فى مختصره بخلاف ذلك فاذا قال اوصيت بثلث مالى لولد فلان وله ولد لصلبه ذكور واناث
كان الثلث لهم بعد ان يكونوا اثنين فصاعدا ولم يكن لولد ولده شئ وان كان لصلبه واحد وله ولد ولد كان للذى لصلبه نصف الثلث

من ملك من ذى رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون أصهار النبى صلى الله عليه
وسلم (والختانة زوج كل ذات رحم محرم منه) كازواج البنات والاخوات
والعمات والخالات (وكذا كل ذى رحم محرم من أزواج هؤلاء) قيل هذا فى
عرفهم وأما فى عرفنا فلا يتناول أزواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد والاقرب
والابعد لان اللفظ يشمل الكل (واهله امرأته) لانها المرادة به لغة وعرفا قال الله تعالى
اذ قال لاهله أى لامرأته يقال تأهل أى تزوج وعندهما من كان فى عياله ونفقته
اعتبارا للعرف قال الله تعالى فنجيناه وأهله الا امرأته والمراد من كان فى عياله (وآله
أهل بيته) لان الآل القبيلة التى ينسب اليها فيدخل فيه كل من ينسب اليه من
قبل آبائه الى أقصى أب له فى الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم
والكافر والصغير والكبير (وأبوه وجده منهم) لان الاب أصل البيت وكذا الجد
(وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه) لان الانسان يتجنس بأبيه بخلاف قرابته حيث
يكون من جانب الاب والام (وأهل بيتها او جنسها) يعنى اذا أوصت امرأة لاهل
بيتها أو لجنسها (لا يتناول ولدها الا اذا كان من قوم أبيها) كذا فى الكافى (وولد
زيد يتناول الذكر والانثى) لوجود مبدأ الاشتقاق فيهما (وفى ورثته الذكر
كالانثيين) يعنى اذا أوصى لورثة فلان فهى بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما
نص على لفظ الورثة علم ان قصده التفضيل كما فى الميراث (وايتام بنى فلان وعميانهم
وزمناهم وأراملهم يتناول فقيرهم وغنيهم وذكورهم واناثهم ان أحصوا) اذا أمكن

تحقيق التمليك فى حقهم والوصية تمليك (والا) اى وان لم يحصوا (فللفقراء منهم) لان المقصود من الوصية القربة وهى سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامى تشعر بتحقق الحاجة فيجعله على الفقراء بخلاف ما اذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون اولا يامى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية اذ ليس فى اللفظ ما ينبئ عن الحاجة ولا يمكن تصحيحه تمليكا فى حق الكل للجهالة الفاحشة المانعة عن الصرف اليهم وفى الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع وأقله اثنان فى الوصايا كما مر (و بنو فلان يختص بذكورهم) قال فى الهداية ولو اوصى لبنى فلان يدخل فيه الاناث فى قول أبى حنيفة أول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز والكلام لحقيقته وقال فى الكافى ولو أوصى لبنى فلان فهو على الذكور لا غير عند أبى يوسف وهو قول أبى حنيفة آخرا اعتبارا للحقيقة وقال محمد يدخل فيه الاناث وهو قول ابى حنيفة أولا وقال فى الوقاية وفى بنى فلان الانثى منهم اقول لم يظهر لى سر اختيار صاحب الوقاية القول الذى رجع عنه الامام ووافقه أبو يوسف فى رواية (الا اذا كان اسم قبيلة أو فخذ) الفخذ فى العشائر أقل من البطن اولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ كذا فى الصحاح (فيتناول الاناث وموالى العتاقة والموالاة وحلفاءهم) اذ ليس المراد بها أعيانهم بل مجرد الانتساب كبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم (أوصى لمواليه من له معتقون ومعتقون بطلت) لان المولى لفظ مشترك بين معنيين احدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فلا ينتظمهما لفظ واحد فى موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفى ولا تنافى فيه (الا أن يبينه فى حياته) قال فى الكافى فوجب التوقف حتى يقوم البيان ولم يوجد فبطل ضرورة (و يدخل فيه) اى فى الموالى (من اعتقه فى صحته ومرضه) لتناول اللفظ اياهم (لا مدبروه وامهات اولاده) لان عتقهم يحصل بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابى يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم فى حقهم فيطلق اسم المولى عليهم

{ باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة }

(صح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معينة وابدا) لان المنافع يصح تمليكها فى حال الحياة ببدل وبدونه فكذا بعد الممات لحاجته كما فى الاعيان ويكون محبوسا على ملكه فى حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملك الموصى كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز مؤقتا ومؤبدا كما فى العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث فانه خلافة فيما يتملكه المورث وهو فى عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى حتى ان الموصى له بالخدمة اذا مات لا تورث عنه (وبغلتهما) اى صحت الوصية بغلة عبد وغلة دار لانها بدل المنفعة فاخذت حكمها (فان خرجت رقبتهما) اى رقبة العبد والدار (سلمت اليه) اى الى الموصى له (لها)

ذكرا كان او انثى وكان ما بقى لولد ولده من بعد منهم ومن قرب بالسوية الذكر فيه والانثى سواء وهذا كله على قياس أبى حنيفة وزفر وابى يوسف رحمهم الله تعالى اه (قوله بخلاف ما اذا أوصى لشبان بنى فلان) قال فى الايضاح الشاب من خمسة عشر الى خمس وعشرين سنة الى ان يغلب عليه الشمط والكهل من ثلاثين الى خمسين سنة والشيخ ما زاد على خمسين سنة الى آخر عمره وجعل أبو يوسف الشيخ والكهل سواء فيما زاد على الخمسين وعن محمد الغلام ما كان له أقل من خمس عشرة سنة والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ أربعين فزاد عليه ما بين خمسين الى ستين الى ان يغلب عليه الشيب حتى يكون شيخا وعند أكثر اهل العلم الكهل ابن ثلاثين حتى يبلغ خمسين فاذا جاوز خمسين يكون شيخا الى ان يموت كذا فى شرح الهداية للعينى رحمه الله تعالى (قوله أوصى لمواليه) قال فى الكافى ويدخل فيه من يعتق فى آخر جزء من أجزاء حياة الموصى كقوله ان لم أضربك فانت حر فمات قبل ضربه ولو كان الموصى من العرب فأوصى لمواليه بثلث ماله صحت لان العرب لا تسترق ولا تسبى فلا يكون له الا المولى الاسفل فبطل الاشتراك فصحت الوصية والله أعلم

{ باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة }

اى للوصية لان حق الموصى له فى الثلث لا يزاحمه الورثة (والا) اى وان لم يخرج رقبته من الثلث (يهايأ العبد) اى يخدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه فى الثلث وحقهم فى الثلثين كما فى الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزأ فصرنا الى المهايأة ايفاء للحقين (وتقسم الدار اثلاثا) يعنى اذا اوصى بسكنى الدار ولم يكن يخرج من الثلث يقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لامكان القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفى المهايأة تقديم احدهما زمانا (او مهايأة) اى اذ تقسم الدار مهايأة من حيث الزمان لان الحق لهم الا ان الاول اولى (وليس للورثة بيع ما فى ايديهم من ثلثيها) اى الدار وعن ابى يوسف ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم ووجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار بان يظهر للميت مال آخر وكذا له حق المزاحمة فيما فى ايديهم اذا خرب ما فى يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه (وتبطل) اى الوصية (بموته) اى موت الموصى له (فى حياة موصيه) لما تقرر ان ايجاب الوصية يكون بعد الموت فاذا مات الموصى له لم يصح الايجاب كما لا يصح ايجاب البائع للمشترى بعد موته (وبعد موته) اى موت الموصى له (يعود) اى الموصى به (الى الورثة) لان الموصى اوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى بلا رضاه وهو غير جائز (وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤجر العبد او الدار) لان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفى تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة فى عقد المعاوضة وانما تثبت هذه الولاية لمن تملكها تبعا لملك الرقبة او لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التى تملكها بها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكها معنى وهو لا يجوز (ولا للموصى له بالغلة استخدامه) اى العبد (او سكناها) اى الدار (فى الاصح) لانه اوصى له بالغلة وهى دراهم او دنانير وهذا استيفاء المنفعة نفسها ولا شك انهما متغايران ومتفاوتان فى حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة باسترداده منه بعد استغلالها بخلاف ما اذا استوفى المنافع نفسها (و) لا (ان يخرج العبد من البلد الا ان يكون هو واهله فى غيرها فيخرجه للخدمة ان خرج من الثلث) لان الوصية تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصى فاذا كان الموصى له واهله فى موضع آخر فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم واذا كانوا فى مصر فمقصوده ان يمكنه من خدمة العبد من غير ان يلزمه مشقة السفر فلا يكون له ان يخرجه من بلده (والا) اى وان لم يخرج من الثلث (فلا) اى لا يخرج العبد للخدمة (الا باذن الورثة) لبقاء حقهم فيه (اوصى لرجل بخدمة عبده سنة ولآخر بخدمته سنتين ولم يجيزوا) اى الورثة (خدمهم) اى العبد الورثة (ستة ايام و) خدم (الموصى لهما ثلاثة ايام يوما لصاحب السنة ويومين لصاحب السنتين حتى يمضى تسع سنين) لان عين العبد لا يقسم فيقسم بالتهايؤ زمانا توفيرا لحقوقهم (اوصى بهذا العبد لفلان وبخدمته لآخر وهو يخرج من الثلث صح) اى الايصاء لانه اوجب لكل منهما شيأ معلوما واوجبه لكل منهما

(قوله وتقسم الدار اثلاثا) لا يخفى ايهام ظاهر متنه ان القسمة فى كل من الوصية بغلة الدار وسكناها وليس هذا الا فى الوصية بالسكنى فلها القسمة والمهايأة كما ذكر لا فى الوصية بغلة الدار لما قال فى الكافى بعد ذكر مسئلة الوصية بالسكنى ولو اوصى بغلة الدار يجوز ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث الغلة فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذى يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا فى رواية عن ابى يوسف كالشريك ولنا ان القسمة تبنى على ثبوت حق الموصى له ولا حق له فى عين الدار وانما حقه فى الغلة اه ولهذا صرف المصنف عموم المتن بقوله شرحا يعنى اذا اوصى بسكنى الدار فقصر الحكم فى القسمة على ما اذا اوصى بالسكنى وسنذكر ان الموصى له بالغلة لا سكنى له فى الاصح فليتنبه لهذه الدقيقة (قوله اوصى لرجل بخدمة عبده سنة ولآخر بخدمته سنتين الخ) كذا فى الكافى ثم قال ولو عين فقال لفلان هذه السنة ولفلان هذه وسنة اخرى يخدم فى السنة الاولى الورثة اربعة ايام ولهما يومين وفى الثانية الورثة يومين والموصى له يوما لانقضاء وصية الآخر اه (قوله اوصى بهذا العبد لفلان وبخدمته لآخر) قال العينى فى شرح الهداية ونفقته اذا لم يطق الخدمة على الموصى له بالرقبة الى ان يدرك الخدمة لان بهائه للعين وهو يقع لصاحب الرقبة فاذا ادرك الخدمة صار كالكبير والنفقة فى الكبير على من له الخدمة وان ابى الانفاق عليه رده الى من له الرقبة كالمستعير مع المعير وان جنى فالفداء على من له الخدمة ولو ابى فداه صاحب الرقبة او يدفعه وبطلت الوصية اه

يحتمل

(قوله بثمرة بستانه فمات وفيه ثمرة) انما قيد به لانه اذا لم يكن فى البستان ثمرة والمسألة بحالها فهى كمسألة الغلة فى تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له ذكره الزيلعى والعينى ثم قال العينى وسقى البستان وخراجه وما فيه صلاحه على صاحب الغلة لانه هو المنتفع به كالنفقة (قوله والمعدوم مما يذكر وان لم يكن شيأ) ٤٤٥ قال العينى وهذا كالوصية بثلث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالا عند الموت يستحق ثلثه باعتبار ان المعدوم مذكور لا باعتبار ان المعدوم شئ وهذا نفى لقول المعتزلة واستدلالهم بهذه المسألة على ان المعدوم شئ اه (قوله واوصى بصوف غنمه الخ) مسائل هذا الباب على وجوه ثلاثة منها ما يقع على الموجود والمعدوم ذكر الابد اولم يذكره كالوصية بالخدمة والسكنى والغلة والثمرة ولم تكن موجودة عند موته ومنها ما يقع على الموجود دون المعدوم ذكر الابد اولم يذكره كالوصية باللبن فى الضرع والصوف على ظهر الغنم والولد فى البطن ومنها ما يقع على الموجود والمعدوم ان ذكر الابد والا فعلى الموجود فقط كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة كذا فى التبيين (قوله وبعقد الخلع مقصودا) صورته قالت لزوجها اخالعك على ما فى بطن جاريتى اوغنمى صح وله ما فى بطنها وان لم يكن فى البطن شئ فلا شئ له وما حدث بعده للمرأة لان ما فى البطن قد يكون له حقيقة وقد لا يكون فلم تغرم حتى لو قالت حمل جاريتى وليس فى بطنها حمل تردالمهر كذا قاله العينى نقلا عن الشامل (قوله اوصى بشئ للمسجد الخ) كذا فى الكافى وقال فى الخلاصة الوصية للمسجد كذا اوالقنطرة كذا جائزة وهو لمرمتها واصلاحها كذا روى عن محمد وعن ابى يوسف انه باطل الا ان يقول ينفق على المسجد اه وقال قاضيخان لو اوصى بثلث ماله للمسجد وعين المسجد اولم يعينه فهى باطلة فى قول ابى يوسف رحمه الله تعالى جائزة فى قول محمد رحمه الله تعالى ولو اوصى بان ينفق ثلثه على المسجد جاز فى قولهم اه ومثله فى البزازية وفيها اوصى بثلث ماله للكعبة جاز للمساكين مكة وللبيت المقدس جاز على بيت المقدس ويصرف الى سراجه ونحو ذلك ومثله فى الخلاصة والخانية والله اعلم

يحتمل الوصية بانفراده فلا يتحقق بينهما مشاركة فيها او جعله لكل منهما ثم اذا صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص فى الرقبة بشئ لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر لان الوصية كالميراث فى كون الملك يثبت بعد الموت (و) اوصى (لرجل بثمرة بستانه فمات) اى الموصى (وفيه ثمرة تكون له) اى للموصى له (هذه الثمرة فقط) لا ما يحدث بعدها (وان ضم) اى الموصى (ابدا) بان قال ثمرة بستانى له ابدا (فله معها) اى مع الثمرة الاولى (ما يحدث بعدها) مطلقا (كما فى غلة بستانه) يعنى اذا اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل وان لم يقل ابدا والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة كالتنصيص على الابد لانه لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مما يذكر وان لم يكن شيأ واما الغلة فيتناول الموجود وما هو بعرضية الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه او داره فاذا اطلقت يتناولهما بلا توقف على دلالة اخرى بخلاف الثمرة اذا اطلقت حيث لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الصرف عنه الى دليل زائد (واوصى بصوف غنمه وولدها ولبنها له ما فى وقت موته ضم ابدا اولا) يعنى اذا اوصى بصوف غنمه او باولادها او لبنها ثم مات فله ما فى بطونها من الولد وما فى ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم الا ان فى الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه فى الوصية بطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم والصوف واللبن فلا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا يستحق بعقد ما فكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية (اوصى بجعل داره مسجدا ولم يخرج من الثلث واجازوا) اى الورثة (تجعل مسجدا) لان المانع من الجواز تعلق حقهم فاذا اجازوا زال المانع (فان لم يجيزوا يجعل ثلثها مسجدا) رعاية لجانب الوارث والوصية (و) اوصى (بظهر مركبه فى سبيل الله تعالى بطلت) اى الوصية عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى لان وقف المنقول غير جائز عنده فكذا الوصية وعندهما يجوز (ان اوصى بشئ للمسجد لم يجز الا ان يقول ينفق عليه) لانه ليس باهل للملك والوصية تمليك وذكر النفقة بمنزلة الوقف على مصالحه وعند محمد رحمه الله تعالى تجوز لانه يحمل على الامر بالصرف الى مصالحه تصحيحا للكلام

(قال أوصيت بثلثي لفلان أو فلان بطلت عند أبي حنيفة) لجهالة الموصى له (وعند أبي يوسف لهما أن يصطلحا على أخذ الثلث) كما لو قال لفلان أو فلان على ألف (وعند محمد يخير الورثة) فأيهما شاؤوا أعطوا لقيامهم مقامه كذا في الكافي.

(فصل) (وصايا الذمي) على أربعة أوجه لانها (اما بمعصية عندنا وعندهم كما للمغنيات والنائحات فتصح) لو كانت (لقوم معينين تمليكا من الثلث) فانهم لما تعينوا جاز تمليكهم (والا) أي وان لم يكونوا معينين (فلا) أي لا تصح أصلا أما تمليكا فلان التمليك للمجهول لا يصح وأما قربة فلانها معصية عند الكل فكيف تصح قربة (واما بمعصية عندهم وقربة عندنا كجعل داره مسجدا أو الاسراج في المساجد فلا تصح اتفاقا) اعتبارا لاعتقادهم لانا نعمل معهم بديانتهم (الا أن تكون لقوم بأعيانهم) فحينئذ تصح تمليكا منهم وذكر الجهة مشورة (واما بقربة عندنا وعندهم كجعل ثلثه للفقراء أو عتق الرقبة أو الاسراج في بيت المقدس فتصح اتفاقا) لان الديانة متفقة من الكل (واما بقربة عندهم ومعصية عندنا كجعل داره بيعة) لليهود (أو كنيسة) للنصارى (أو بيت نار) للمجوس (فتصح مطلقا) أي سواء عين قوما أو لا (وعندهما لا) أي لا تصح (الا أن يوصي لمعينين) لهما انه وصية بالمعصية وفي تنفيذها تقرير للمعصية والسبيل في المعصية ردها لا تنفيذها وله أن المعتبر ديانتهم في حقهم لانا أمرنا بان نتركهم وما يدينون وهي قربة عندهم فتصح (وتورث) أي البيعة والكنيسة وبيت النار (ان صنعت في الصحة) يعني اذا صنع يهودي بيعة أو نصراني كنيسة أو مجوسي بيت نار في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم ما لم يسجل فكذا هذا وأما عندهما فلانها معصية فلا تصح (وذو هوى) أي من يتبع هوى نفسه ميلا الى البدع (ان أكفر) أي حكم بكفره كطائفة منهم يقولون لعلي رضي الله تعالى عنه الاله الاكبر (فكالمرتد) فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين الامام وصاحبيه وفي المرتدة الاصح أن تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم (والا) أي وان لم يكفر (فكالمسلم في وصاياه) لانا أمرنا ببناء الاحكام على الظاهر (تنبيه) لما كان ههنا مسائل مهمة فهمت مما سبق ضمنا وكان يجب حفظها والاهتمام بها أصالة لكثرة وقوعها وغفلة كثير من الناس عنها أوردها ههنا وصدرها بالتنبيه اشارة الى ما ذكر (الوصية المطلقة) بان يقول مثلا هذا القدر من مالي أو ثلث مالي وصية أو أوصيت هذا القدر من مالي أو ثلث مالي (لا تحل للغني) لانها صدقة وهي على الغني حرام (وان) وصاية (عممت) بان يقول الموصي يأكل منها الفقير والغني لان أكل الغني من الوصية لا يصح الا بطريق التمليك والتمليك لا يصح الا للمعين والغني لا يتعين ولا يحصى (واذا خصت) اي الوصية (بغني) بان يقول مثلا هذا القدر من مالي أو صيته لزيد وهو غني (أو لقوم أغنياء محصورين حلت لهم) لصحة التمليك لهم لتعينهم (كذا الحال في الوقف) يعني ان الوقف المطلق مختص بالفقراء لا يحل للغني وان عمم واذا خص بغني معين أو بقوم محصورين أغنياء حل لهم ويملكون منافعه لا عينه حتى اذا ماتوا يتقرر عينه في

(قوله كالمغنيات والنائحات فتصح لو كانت لقوم معينين) يعني وهم يحصون كما في الكافي (قوله الا أن يكون لقوم بأعيانهم) يعني كبناء مسجد لقوم معينين وكذا الاسراج يعني في مسجد قوم معينين (قوله وذكر الجهة مشورة) أي ان كلام الموصي في صرف المال الموصى به الى استضاءة المسجد وغيرها خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام قال قاضيخان فلو كان لقوم بأعيانهم صحت ويكون تمليكا منهم وتبطل الجهة التي عينها ان شاؤوا فعلوا وان شاؤوا تركوا وكذا ذكره العيني في شرح الهداية (قوله بيعة لليهود أو كنيسة للنصارى) كذا في الهداية وقال العيني شارحها والاصح ان البيعة للنصارى والكنيسة لليهود اه (قوله فتصح مطلقا أي سواء عين قوما أو لا) يعني عند أبي حنيفة ولم يذكره للعلم به بمقابلته بقول الصاحبين (قوله لان هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى والوقف عنده يورث ولا يلزم ما لم يسجل فكذا هذا) فيه نظر أما أولا فلانه تقدم في الوقف اللزوم بغير هذا عند الامام فلا حصر وثانيا فيه ايهام أنه اذا سجل صار لازما كالوقف وليس مراد الا أن ما صنعه في صحته من بيعة أو كنيسة أو بيت نار يورث كالوقف الذي لم يسجل ولا يكون كالوقف اذا سجل فليتأمل (قوله وأما عندهما فلانها معصية فلا تصح) محصل الخلاف في التخريج واتفقوا على توريث ما بناه من البيعة والكنيسة وبيت النار في صحته (قوله فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين الامام وصاحبيه) كذا في الكافي وقال في شرح المجمع وبيعه وشراؤه وعتقه ورهنه وتصرفه في ماله موقوف عند أبي حنيفة فان أسلم صحت عقوده وان مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت وأجازها مطلقا أي سواء أسلم أو لم يسلم الا أن عند أبي يوسف ينفذ كما ينفذ من الصحيح حتى تعتبر تبرعاته من كل المال وعند محمد ينفذ كما ينفذ من المريض ويعتبر من الثلث اه والله أعلم ملك

ملك الواقف أو وارثه واذا ماتوا يكون للفقراء

(الباب الثاني في الايصاء)

يعني جعل الغير وصيا (أوصى الى زيد) أي جعله وصيا (وقبل عنده فان رده عنده رد) لانه متبرع في ذلك فان شاء دام عليه وان شاء رجع اذ ليس للموصي ولاية الزام التصرف على الغير وليس في الرجوع تغرير اذ يمكنه ان يوصي غيره (والا) أي وان لم يرده عنده سواء رده عند غيره أو بعد مماته (فلا) أي فلا يرد لانه لما قبل في وجهه اعتمد الموصي على قبوله فلم يوص الى غيره فلو جوزنا رده في حياته أو بعد مماته لصار الميت مغرورا وذلك باطل (وان سكت) أي لم يقبل ولم يرد (فمات الموصي فله رده وقبوله) لانه متبرع في التصرف للغير فلا يلزم ذلك بلا قبوله كالوكالة ولا تغرير ههنا لان الموصي هو الذي اغتر حيث لم يتعرف عن حاله انه يقبل الوصاية أم لا (وان رد ثم قبل صح الا اذا أنفذ رده) أي الموصى اليه ان لم يقبل حتى مات الموصي ثم قال لا اقبل ثم قبل صح ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل لان الايصاء لا يبطل بمجرد قوله لا اقبل لان في ابطاله ضررا بالميت والضرر واجب الدفع فان كان القاضي اخرجه عن الايصاء حين قال لا اقبل فاذا قبل بعده لا يصح لان اخراجه قد صح لانه موضع الاجتهاد اذ الرد صحيح عند زفر (ولزم) اي الايصاء (ببيع شئ من التركة وان جهل) اي الوصي (به) أي بكونه وصيا لوجود دليل القبول اذ المقصود هو التصرف وهو معتبر بعد الموت لان اوان ولايته بعده وينفذ البيع لصدوره عن الوصي وان لم يعلم كونه وصيا بخلاف ما لو وكله رجل بالبيع فباع شيأ من متاعه وهو لا يعلم بوكالته حيث لا ينفذ لان الايصاء اثبات خلافة لثبوت أوان انقطاع ولايته واذا كان استخلافا صح بغير علمه كالوراثة فاما التوكيل فاثبات الولاية وليس باستخلاف لثبوته حال قيام ولاية الموكل فلا يصح بغير علم من تثبت عليه كاثبات الملك بطريق البيع والهبة (و) اوصى (الى عبد غيره او كافر أو فاسق بدله القاضي بغيره) هذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج المفهوم من التبديل انما يكون بعد ثبوت الايصاء وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه سيبطل في جميع هذه الصور وقيل في العبد معناه باطل لعدم ولايته وعدم استبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطلة أيضا لانه لا ولاية له على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان الايصاء الى الغير انما يجوز شرعا ليتم به نظر الموصي لنفسه ولاولاده وبالايصاء الى هؤلاء لا يتم معنى النظر وان وجد أهل النظر لكون العبد أهلا للتصرف ليس بمولى عليه من جهة من يتصرف عليه ولكون الفاسق من أهل الولاية معنى وانه للاخلافة ارثا وتعرفا حتى لو تصرف نفذ تصرفه لثبوت ولاية الكافر في الجملة حتى نفذ شراؤه عبدا مسلما ولكن يجبر على بيعه وانما قال لا يتم معنى النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة سيده وتمكنه من الحجر بعدها واشتغاله بخدمة المولى فيتوهم التقصير في استيفاء حقوق الميت وتوهم الخيانة من الكافر للمعاداة الدينية ومن الفاسق لفسقه فيخرجه القاضي من الوصاية ويجعل مكانه وصيا آخر تتميما للنظر (و) اوصى (الى عبده صح لورثته صغار)

(قوله والا أي وان لم يرد عنده سواء رده عند غيره أو بعد مماته فلا أي لا يرد الخ) القول بعدم صحة الرد عند غيره في حياة الموصي المراد به ما لم يبلغه العلم برد الوصي لما قال العيني في شرح الهداية ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها أي الوصية في غير وجهه أي بغير علم الموصي فليس برد اه ولما قال في المجتبى كما رأيته معزوا بخط ثقة قال في المجتبى قلت قيد المصنف بوجهه يعني قوله وصح رده في وجهه واتبعه الشارحون حتى اشتبه على أن العلم هل يكفيه أم لا فوجدت المسئلة منصوصة بحمد الله في التحفة السمرقندية قال لا يصح الرجوع بدون محضر من الموصي او علمه لما فيه من الغرر اه (قوله وينفذ البيع لصدوره من الوصي وان لم يعلم كونه وصيا) هذه رواية الزيادات وبعض روايات المأذون وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الوصي أيضا يعني كالوكيل قبل العلم بالوصاية اعتبارا بالوكالة لان كلا منهما انابة كذا في شرح الهداية للعيني (قوله والى عبد الغير) قيد به لما سيأتي انه اذا أوصى لعبده والورثة صغار صح (قوله وبالايصاء الى هؤلاء لا يتم معنى النظر) قال الزيلعي فلو زال الرق والكفر وبلغ الصبي قبل اخراج القاضي لا يخرجهم اه ولم يذكر زوال الفسق ولعله كذلك (قوله وان وجد اهل النظر) عبارة الكافي أصل النظر (قوله لكون العبد أهلا للتصرف ليس بمولى عليه) لعله وليس بواو العطف (قوله ومن الفاسق لفسقه) يعني وتوهم الخيانة من الفاسق لفسقه فجعل الفسق لذاته موجبا للاخراج وكذا اطلقه في الكنز وقال الزيلعي والنسفي في الكافي شرط في الاصل أن يكون الفاسق متهما مخوفا منه على المال

حتى لو كان فيهم كبير لم يصح عندنا وعندهما لا يصح مطلقا لان فيه اثبات الولاية للملوك على المالك وهو قلب المشروع ولهذا لو اوصى الى من هو اجنبي له فتصح كما لو اوصى الى مكاتب نفسه او مكاتب غيره ولهذا لانه مكلف مستبد بالتصرف وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا لكن لما اقامه ابوهم مقام نفسه صار مستبدا بالتصرف مثله بلا ولاية لهم عليه بخلاف عبد الغير فانه مولى عليه وبخلاف ما اذا كان فيهم كبير لانه يبيع نصيبه او يمنعه فيعجز الوصي عن الاداء بحقه فامتنع الجواز (و) اوصى (الى عاجز عن القيام بها) اي بالوصاية لم يعزله القاضي بل (ضم اليه غيره) لان في الضم رعاية الحقين حق الموصي وحق الورثة فان تكميل النظر يحصل به لان النظر يتم باعانة غيره ولو شكا الوصي اليه ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر للقاضي عجزه اصلا استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين (وبقي على الوصاية امين يقدر) اي لا يجوز للقاضي اخراجه لانه لو اختار غيره لكان دونه لانه مختار الميت الا ترى انه يقدم على أب الميت مع كمال شفقته فلأن يقدم على غيره أولى (و) اوصى (الى اثنين لا ينفرد احدهما) بالتصرف بدون الآخر (ولو) وصلية أي ولو كان ايصاؤه (الى كل منهما بالانفراد) عند أبي حنيفة ومحمد الا في اشياء معينة وقال أبو يوسف يتصرف كل في الجميع لان الايصاء من باب الولاية وهي اذا ثبتت لاثنين شرعا ثبتت لكل واحد كملا على الانفراد كالاخوين في ولاية الانكاح وكذا اذا ثبتت شرطا فان الولاية لا تحتمل التجزي لكونها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة لا تتجزأ ولهما أن الوصي انما رضي برأيهما لا رأي أحدهما فالفرق بينهما بخلاف الاخوين في النكاح لان السبب ثمة الاخوة وهي قائمة بكل منهما على الكمال والسبب هنا الايصاء وهو اليهما الا الى كل منهما ثم استثنى من قوله لا ينفرد احدهما بقوله (الا بشراء كفنه وتجهيزه) فانه لا يبتنى على الولاية وربما يكون احدهما غائبا ففي اشتراط اجتماعهما فساد الميت ولو فعله عند الضرورة جيرانه جاز (والخصومة في حقوقه) لانهما لا يجتمعان عليه عادة ولو اجتمعا لم يتكلم الا احدهما غالبا (وشراء حاجة الطفل) لان في تأخيره خوف لحوق الضرر به (والاتهاب له) اي قبول الهبة للطفل فانه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الام ومن في عياله (واعتاق عبد معين ورد وديعة وتنفيذ وصية معينتين) لعدم الاحتياج الى الرأي (وبيع ما يخاف تلفه وجمع أموال ضائعة) لان فيه ضرورة (وان مات احدهما فان أوصى الى الحي أو الى آخر فله) أي لمن أوصى اليه الوصي سواء كان الحي الى آخر (التصرف) في التركة (وحده) ولا يحتاج الى نصب القاضي وصيا (والا) أو وان لم يوص الوصي (ضم) أي القاضي (اليه غيره) لان الموصي قصد ان يخلفه وصيان متصرفان في حقوقه وأمكن تحقيقه بنصب وصي آخر (نصب القاضي وصيا امينا كافيا لم ينعزل بعزله) لانه اشتغال بما لا يفيد الا ان لا يكون عدلا (فيعزله وينصب عدلا ولو عدلا غير كاف ضم اليه كافيا وينعزل بعزله قيل) قائله السمرقندي في مجموعاته (وينعزل به أيضا) أي بعزل القاضي (العدل الكافي واستبعد) أي

(قوله لم يصح عندنا) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (قوله وعندهما لا يصح مطلقا) هو القياس وقيل قول محمد مضطرب ذكره العيني في شرح الهداية (قوله ولو شكا الوصي اليه فلا يجيبه الخ) كذا اذا شكا الورثة أو بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة لان الوصي اختاره والشاكي قد يكون ظالما في شكواه كذا في الكافي (قوله وبقي على الوصاية أمين) بقي مبني للمجهول وأمين نائب الفاعل (قوله وقال أبو يوسف يتصرف كل في الجميع) كذا قال الزيلعي ثم قيل الخلاف فيما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة وأما اذا أوصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالاجماع كذا ذكره الكيساني وقيل الخلاف فيما اذا أوصى اليهما معا بعقد واحد وأما اذا أوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة ينفرد أحدهما بالتصرف بالاجماع ذكره الحلواني عن الصفار قال أبو الليث وهو الاصح وبه نأخذ وقيل الخلاف في الفصلين جميعا ذكره أبو بكر الاسكاف وقال في المبسوط وهو الأصح اه ما قاله الزيلعي (قوله الا بشراء كفنه الخ) زاد الزيلعي على ذلك رد المبيع الفاسد وحفظ المال فينفرد به كل منهما (قوله وينعزل بعزله) أي ينعزل العدل الكافي الذي نصبه القاضي بعزله وهذا قول مقابل للقول الاول الجازم بعدم عزل العدل الكافي وكان على المصنف رحمه الله تعالى بيان ذلك لانه ان لم يذكر ذلك كان ظاهر كلامه التناقض بلا وجه له (قوله وينعزل به أيضا أي بعزل القاضي العدل الكافي) اقول يعني ينعزل وصي الميت بعزل القاضي له كعزله منصوبه ولو كان عدلا كافيا وان كان يخفى علم ذلك من متنه فقد أوضحه في الشرح بقوله استبعده ظهير الدين المرغيناني بأنه يقدم على القاضي لانه مختار الميت

استبعده ظهير الدين المرغيناني بانه يقدم على القاضي لانه مختار الميت فاذا انعزل وصي الميت وان كان عدلا كافيا فكيف وصي القاضي (وصي الوصي وصي لهما) يعني اذا مات الوصي واوصى الى آخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول لان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد (وقسمته) اي قسمة الوصي نائبا (عن ورثة غيب مع الموصى له تصح) يعني اذا مات رجل له ورثة غيب واوصى الى زيد ولبكر بثلث جاز لزيد الوصي ان يقسم تركته بين ورثته الغيب وبين بكر الموصى له بان ياخذ حق الورثة ويسلم الباقي الى الموصى له لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث حتى يكون الولد حرا والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه (فلا يرجعون) اي الورثة (عليه) اي الموصى له (ان ضاع قسطهم) اي حصة الورثة (معه) اي مع الوصي لان الهلاك بعد تمام القسمة يكون محسوبا على من وقع الهلاك في قسطه (وقسمته) اي الوصي (عن الموصى له الغائب معهم) اي مع الورثة (لا) اي لا تصح لان الموصى له ليس خليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد حتى لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خصما عنه عند غيبته (فيرجع) اي الموصى له ان ضاع قسطه مع الوصي (بثلث ما بقي) لانه شريك للورثة فيتوي ما توي من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي عليهما (وللقاضي قسمتها واخذ قسطه) اي يجوز للقاضي ان يقسم التركة عن الموصى له الغائب مع الورثة واخذ قسط الموصى له لان القاضي نصب ناظرا لاسيما في الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد ضاع المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل (وقسمتهم) اي الوصي مع الورثة (في الوصية بحج) واخذ الوصي لها (فهلك المال في يده او بيد من يحج) حج عن الموصى (حج بثلث ما بقي) من التركة لان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة (صح بيعه) اي الوصي (عبدا من التركة بغيبة الغرماء) لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولاه حيا بنفسه جاز وان كان في مرض موته فكذا من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وهي باقية ببقاء الثمن (باع) اي الوصي (عبدا) اي للوصية (وتصدق بثمنه فاستحق) اي المبيع (بعدان هلك ثمنه معه) اي مع الوصي (ضمن) اي الوصي لانه العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير بلا رضاه فيجب عليه رده (ويرجع في التركة) لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل (كذا وصي باع عبد الصغير وهلك ثمنه معه) اي مع الوصي (فاستحق) اي العبد (ضمن) اي الوصي (ويرجع في ماله) اي مال الصغير لانه عامل له (وهو) اي الصغير (يرجع على الورثة بحصته) لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه (وله) اي للوصي (ان يستأجر عيال الصغير ويدفع مضاربة وبضاعة ويوكل ببيع وشراء واستئجار ويودع ماله ويكاتب قنه ويزوج امته لانه وبرهن ماله [illegible] ويقبض [illegible] لو هلك [illegible]

(قوله فاذا انعزل وصي الميت وان كان عدلا كافيا فكيف وصي القاضي) اقول ليس من كلام ظهير الدين بل هو كلام غيره توهم انعزال منصوب القاضي فكان ينبغي للمصنف ايضاحه دفعا للبس وتوضيح ما قلناه بما نصه في القنية نصب القاضي وصيا امينا كافيا ثم عزله لا ينعزل لانه اشتغل بما لا يفيد (صغر) الوصي ان لم يكن عدلا يعزله القاضي وينصب غيره وان كان عدلا غير كاف ضم اليه كافيا ولو عزل ينعزل وكذا لو عزل العدل الكافي ينعزل (سب) واستبعده ظهير الدين وقال انه مقدم على القاضي لانه مختار الميت قال استاذنا فاذا كان ينعزل وصي الميت وان كان عدلا كافيا فكيف وصي القاضي اه ما في القنية وقال في الفتاوى الصغرى الوصي من جهة الميت اذا كان عدلا كافيا لا ينبغي للقاضي ان يعزله وان لم يكن عدلا يعزله وينصب وصيا آخر ولو كان عدلا غير كاف لا يعزله لكن يضم اليه كافيا ولو عزله ينعزل وكذا لو عزل العدل الكافي ينعزل هكذا ذكرنا وذكر في القدوري ليس للقاضي ان يخرج الوصي من الوصاية ولا يدخل فيها غيره معه فان ظهر منه خيانة او كان فاسقا معروفا بالشر اخرجه ونصب غيره ولو كان ثقة ضم اليه غيره وهكذا قال في شرح الطحاوي وهكذا ذكر في وصايا الاصل لكن لم يذكر انه لو عزل لا ينعزل اه عبارة الصغرى

قدر المؤدى من دينه وله أن يعمل به مضاربة وينبغي ان يشهد عليه ابتداء والا صدق
ديانة ويكون المشتري كله للصبي قضاء وعلى هذا الاب في ذلك كله وليس للاب
تحرير رقيقه ولو بمال ولا ان يهب ماله ولو بعوض) كذا في العمادية (وله) أي للوصي
(التجارة بمال اليتيم لليتيم لا لنفسه) أي لا يجوز له التجارة لنفسه بمال اليتيم سواء
ورثه من أبيه أو تملكه بوجه آخر ولا بمال الميت (فان فعل وربح ضمن رأس المال
وتصدق بالربح) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف يسلم له الربح ولا
يتصدق بشيء كذا في الخانية (ويحتال) أي يقبل الحوالة (على الاملأ لا الاعسر)
لما فيه من الضرر (ولا يقرض) أي الوصي مال اليتيم لانه تبرع وهو عاجز عن
استخلاصه بخلاف القاضي فانه قادر عليه ولذا له أن يقرضه ومال الوقف والغائب
(ولا يبيع ولا يشتري الا بما يتغابن الناس) لان تصرفه نظري ولا نظر في الغبن
الفاحش بخلاف اليسير اذ لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد باب البيع
(ويبيع على الكبير الغائب الا العقار) لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه
فكان القياس ان لا يليه الوصي اذ لا يملكه الاب على الكبير لكنهم استحسنوا لانه
مما يتسارع اليه الفساد فيحتاج الى الحفظ وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ
بخلاف العقار فانه محصن بنفسه (اذا لم يكن دين) في الفتاوى الظهيرية عدم جواز
بيع العقار للوصي اذا لم يكن على الميت دين وأما اذا كان فيملكه بقدر الدين
(ويبيعه) أي الوصي العقار وان لم يكن دين (بضعف قيمته أو للدين) كما نقلناه عن
الظهيرية (أو النفقة) أي نفقة الصغير قال في الهداية في أواخر باب النفقة الاب
اذا باع العقار أو المنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان يأخذ منه نفقته
لانه جنس حقه (أو وصية مرسلة) أي مطلقة بان يقول ثلث مالي أو ربعه مثلا وصية
فحينئذ يجوز بيع العقار اذا كان في المال (أو زيادة خرجه على غلته أو اشرافه) أي
قربه (الى الخراب) حتى اذا لم يبع كان خرابا فهذه أعذار ستة (لا يجوز اقراره)
أي الوصي (بدين على الميت ولا بشيء من تركته) انه لفلان لكونه اقرارا على الغير
(الا ان يكون) المقر (وارثا فيصح في حصته) لانه اقرار على نفسه (أقر) أي
الوصي (بعين لآخر ثم ادعى انه للصغير لا يسمع) كذا في العمادية (شهد وصيان ان
الميت أوصى الى زيد معهما أو ابنان ان أباهما أوصى الى زيد بطلت) أي شهادتهم
لانهم متهمون أما الوصيان فلاثباتهما لانفسهما معينا الا ان يدعيه المشهود له
فتقبل استحسانا لان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء وولاية ضم آخر اليهما ففيهما
اسقاط مؤنة التعيين عن القاضي وأما الابنان فلجرهما لانفسهما نفعا بنصب حافظ
للتركة (كذا شهادتهما للصغير بمال) سواء انتقل اليه عن الميت أو غيره (أو كبير
بمال الميت) فانها أيضا باطلة أما الاولى فلان التصرف في مال الصغير للوصي
سواء كان من التركة أو لا وأما الثانية فلان مال الكبير ان كان من التركة فلا يجوز
شهادة الوصي عند أبي حنيفة لان له ولاية الحفظ وولاية البيع ان كان الكبير
غائبا (وصحت) أي الشهادة (في مال غيره) أي مال غير الميت فان مال الكبير ان لم
يكن من التركة فلا تصرف للوصي فيه فتجوز (شهادته و) صحت (شهادة رجلين

(قوله وههنا مسائل مهمة) ذكرها المناسبتها بباب الوصي وقد ترك المصنف رحمه الله تعالى كتاب الفرائض والخنثى ولعل ذلك لكونه مما أفرد بالتأليف ولولا خشية الاطالة لالحقته بكلامه (قوله فبلغهم أن أباهم أوصى بوصايا ولا يعلمون) أقول يعني لا يعلمون مقدارها ولا وصفها (قوله فقالوا قد اجزنا ما اوصى به) يعني على العموم الذي لم يبين مقداره ولا ذاته (قوله ذكر في المنتقى انه لا يجوز) اقول يعني لا يلزمهم الاجازة بما زاد على الثلث (قوله انما يجوز اذا اجازوا بعد العلم) اقول المراد نفي اللزوم كما علمت فيما يزيد على الثلث لان الوصية لازمة في الثلث بدون الاجازة منهم ويتوقف فيما زاد عليه على اجازة من هو من اهل الاجازة منهم وليس قولهم اجزنا ما اوصى به رضا بالزائد قطعا لعدم العلم اهـ ع به فقهنا فلهم ابطال الزائد حتى لو اوصى بصرف بقرة لزيد فقبل بعد موته الوصية ليس للورثة امساكها ولا تتوقف على اجازتهم لان الموصى له ملكها بالقبول فلزمت من الثلث ولو اوصى بالبقرة للفقراء فللورثة امساكها والتصدق بقيمتها لان المقصود القربة لغير معين بالشخص بل بالجنس ودفع القيمة صدقة وقربة كدفع العين فاجازتهم الوصية بها للفقراء لا يلزمهم دفع عينها لعدم تعين المستحق عينا فجاز دفع قيمتها للفقراء واشار بكون الاجازة بعد الموت الى ان اجازتهم ما يزيد على الثلث في حال حياة مورثهم لا تعتبر فلهم الرجوع عنها بعد موته كما في الخانية ولا بد من هذا الحل لهذا المحل (قوله ثم ادعى شيأ في يد الوصي الخ) اقول وصحة دعواه به لعدم ما يمنع منها لان اشهاده انه قبض جميع تركة والده الخ ليس فيه ابراء المعلوم عن معلوم ولا عن مجهول فهو اقرار مجرد لم يستلزم ابراء فليس مانعا من دعواه وقد حصل بهذا اشتباه لصاحب الاشباه فظن ان هذا من قبيل البراءة العامة وجعلها غير مانعة للورثة من الدعوى على بعضهم بعد صدورها عامة فيما بينهم بهذه المسئلة فظن انها تستثنى من منع البراءة العامة وساق مسائل اخر ظنها مستثناة من البراءة العامة وقد حررت الحكم فيها وبينت انها ليست كما ظنه وانه لا يستثنى من البراءة العامة شيء في مانعة من الدعوى بما تقدم عليها مطلقا واوضحته برسالة سميتها تنقيح الاحكام في حكم الاقرار والابراء العام (قوله وكذا لو اقر الوارث انه قد استوفى الخ) كذلك الحكم فلا يمنع هذا الاقرار دعوى الوارث بدين لمورثه على خصم له لانه اقرار غير صحيح لعدم ابرائه شخصا معينا او قبيلة معينة وهم يحصون وهذا بخلاف الاباحة لكل من يأكل شيأ من ثمرة بستانه فانه يجوز به يفتى وبخلاف الابراء عن مجهول لمعلوم فانه صحيح كقول زيد لعمرو وحاللني من كل حق لك علي ففعل برئ مما علم ومما لم يعلم وعليه الفتوى

لآخرين بمبلغ دين على الميت وللآخرين للاولين بمثله بخلاف الشهادة بوصية الف) هذا قولهما وقال أبو يوسف لا تقبل في الدين أيضا لان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة ولهما ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة بخلاف الوصية لان الحق فيها لا يثبت في الذمة بل في العين فصار المال مشتركا بينهم فأورث تهمة (أو) شهادة (الاولين بعبد والآخرين بثلث ماله) حيث لم تصح أيضا لان الشهادة توجب شركة في المشهود به (أضعف الوصيين) مبتدأ خبره قوله الآتي كأقوى الوصيين (وهو وصي الام والاخ والعم في أقوى الحالين وهو حال صغر الورثة كأقوى الوصيين وهو وصي الاب والجد والقاضي في أضعف الحالين وهو حال كبر الورثة) لان الوصي انما يستفيد التصرف من الموصي فيكون تصرفه على مقدار تصرف موصيه فوصي الام حال صغر الورثة كوصي الاب حال كبرهم (للاضعف) كوصي الام مثلا (بيع المنقول وغيره لقضاء الدين عند فقد الاقوى) للضرورة (ولا يشتري) أي الاضعف (الا ما لا بد للصغير منه من نفقة أو كسوة ولا يتصرف مطلقا فيما استفاد الصغير من غير أبيه) لما مر من ان تصرفه على مقدار تصرف موصيه (وصي الاب أولى من الجد) لان وصيه قائم مقامه وهو أولى من الجد كذا اختاره ولان اختياره مع وجود الجد يدل على ان تصرفه انفع لابنه من تصرف أبيه وهو الجد (وان لم يوص) اي لم ينصب وصيا (فالجد مثله) أي مثل الاب وقائم مقامه في التصرفات حتى ملك الانكاح دون الوصي وههنا مسائل مهمة نقلناها من الخانية منها رجل مات وترك ورثة فبلغهم ان أباهم أوصى بوصايا ولا يعلمون ما أوصى به فقالوا قد أجزنا ما اوصى به ذكر في المنتقى انه لا يجوز انما يجوز اذا اجازوا بعد العلم وفي المنتقى اذا دفع الوصي الى اليتيم ماله بعد البلوغ فاشهد اليتيم على نفسه انه قد قبض جميع تركة والده فلم تبق له من تركة والده عنده من قليل أو كثير الا وقد استوفاه ثم ادعى شيأ في يد الوصي وقال هو من تركة أبي وأقام البينة قبلت بينته وكذا لو اقر الوارث انه قد استوفى جميع ما ترك والده من الدين على الناس ثم ادعى دينا على رجل

(قوله ومنها وصى انفذ الوصية الخ) يعنى وقد ثبت بالبينة وقضى بها وهذا ظاهر فيما اذا لم يكن فى الورثة كبير حاضر او كان والموصى به من نحو الدراهم وهو موجود فى التركة والا فالتصرف عليه يستلزم بيع الوصى نصيبه من العروض جبرا لاخذ الوصية وللوارث اخذ عين التركة ودفع قدر ما اوصى به من ماله وكذا لو كان الوصى وارثا ومعه وارث آخر ويستلزم الاطلاق ايضا والتركة عروض ان يكون الوصى مشتريا لنفسه مال الكبير منها ولا يجوز بدون رضاه وفى شرائه حصة الصغير لا يصح الا ان يكون خيرا لليتيم بأن يشترى الشئ بزيادة على ما يساويه بشطر قيمته كالذى يساوى عشرة فيشتريه بخمسة عشر والتقييد بالوصى احتراز عن القاضى فانه لا يجوز شراؤه مطلقا لانه حكم لنفسه ولا يجوز وفيه خلاف ذكر فى العمادية واحترز بالوصى لأن الجد اذا باع التركة لقضاء الدين او تنفيذ الوصية ذكر الخصاف انه لا يجوز واذا باع القاضى من التركة بقدر التنفيذ هل علك بيع ما زاد عليه عند الامام يجوز وعندهما لا علك (قوله وكذا الوصى اذا اشترى كسوة الخ) لم يشترط فيه الاشهاد ويخالفه ما فى العمادية انفق الوصى على اليتيم من مال نفسه ومال اليتيم غائب فهو متطوع الا أن يشهد انه قرض عليه أو انه يرجع فى ماله ثم قال ولو ضمن الاب مهر امرأة ابنه الصغير وادى لا يرجع فى مال الصغير الا ان يشترط الرجوع ولو كان مكان الاب وصى أو غيره من الاولياء يرجع فى مال الصغير وان لم يشترط فى أصل الضمان اه وهذا موافق لكلام المصنف ويخالفه المتقدم عن الفصول ويخالفه ايضا ما فى الفصول الوصى اذا اشترى الطعام أو الكسوة لليتيم بشهادة الشهود يرجع به فى ماله اه فقد اضطرب كلام أئمتنا فى الرجوع مطلقا او بالاشهاد عليه فليحرر (قوله ولو قضى ٤٥٢ دين الميت من مال نفسه بغير امر الوارث) يعنى الوارث الكبير وعلى هذا لو كان صغيرا وقضاه بدون امر القاضى واشهد على ذلك لا يكون متطوعا واقول اشتراطه الاشهاد مخالف لاطلاقه المتقدم بقوله فكان كقضاء الدين لانه حكم برجوعه من غير قيد (قوله وكذلك بعض الورثة اذا قضى دين الميت) أقول ليس على اطلاقه ولا على ظاهره لان البعض لا ولاية له على باقى الورثة والدين لم يبين كونه ثابتا بالاقرار أو الحجة وهو مفترق لما قال فى العمادية فان ثبت الدين بالبينة وقضى به فأدى أحد الورثة من مال نفسه له أن يأخذ من التركة ولو دفع من التركة من غير قضاء القاضى كان للغائب لو أن لا يجيز ويسترد بقدر حصته ولو دفع من مال نفسه لا يرجع على الغائب لانه لم يثبت الدين بحجة شرعية وكذا الوصى لا يؤدى وديعة لمدعيها ولا دينا على الميت الا أن يثبت عند الحاكم وأما مهر المرأة فقال القاسم ان ادعت مقدار مهر مثلها فذلك واجب وكفى بالنكاح شاهدا قال الفقيه ان كان الزوج بنى بها يمنع عنها ما جرت العادة بتعجيله والقول فى ذلك القدر للورثة وفيما زاد على ذلك فالقول قول المرأة كذا فى العمادية (قوله أو كفن الميت من مال نفسه) أقول كذا أطلقه وكذا فيما سيأتى وجعل الوارث والوصى سواء فى الرجوع بما أنفقه فى الكفن ولا بد من كون ذلك من غير اسراف بحسب ما ذكره الائمة من كفن السنة ومراعاة حال الرجل بما يلبسه فى الاعياد ومجامع الناس وتلبسه المرأة للزيارة (قوله أو اشترى الوارث الكبير طعاما أو كسوة للصغير من مال نفسه لا يكون متطوعا) أقول كذا فى العمادية قال الولى أو الوصى اذا اشترى كسوة الصغير أو اشترى ما انفق عليهم لا يكون متطوعا وان كان للميت وصى أجنبى فللوارث أن يقضى دينه ويكفنه بغير امر الوصى ويرجع فى الميراث اه لكن يخالفه ما فى الفصول ايضا قال ورثة صغار وكبار وفى التركة دين وعقار توى بعض المال وأنفق الكبار البعض على أنفسهم وعلى الصغار فما توى فهو على كلهم وما أنفقه الكبار ضمنوا حصة الصغار ان كانوا أنفقوا بغير امر القاضى أو الوصى وما أنفقوا عليهم بأمر القاضى أو الوصى حسب لهم الى نفقة مثلهم وفى نوادر ابن سماعة عن محمد فيمن مات وترك ابنين صغيرا وكبيرا وألف درهم فأنفق الكبير على الصغير خمسمائة درهم من الالف نفقة مثله وهو ليس بوصى قال هو متطوع فى ذلك ولو كان الميت ترك طعاما أو ثوبا فأطعم الكبير الصغير وألبسه الثوب استحسنت أن لا يكون على الكبير ضمان فى ذلك اه وفى شرح التمرتاشى لا يحل للورثة أن ينتفعوا بشئ من متاع الميت من ثياب أو حطب أو دهن أو مأكول او غيره اذا كان فيهم صغير وأقول هذا فى غير نصيبه من المثلى فانه يجوز للكبير أخذ قدر نصيبه منه لغلبة الافراز فيه على المبادلة بدون قسمة

تسمع دعواه ومنها وصى انفذ الوصية من مال نفسه قالوا ان كان هذا الوصى وارث الميت يرجع فى تركة الميت والا فلا وقيل ان كانت الوصية للعباد يرجع لان لها مطالبا من جهة العباد فكان كقضاء الدين وان كانت الوصية لله تعالى لا يرجع وقيل له ان يرجع على كل حال وعليه الفتوى وهو كالوكيل بالشراء اذا ادى الثمن من مال نفسه كان له ان يرجع وكذا الوصى اذا اشترى كسوة للصغير أو اشترى ما ينفق عليهم من مال نفسه فانه لا يكون متطوعا ولو قضى دين الميت من مال نفسه بغير امر الوارث وأشهد على ذلك لا يكون متطوعا وكذا بعض الورثة اذا قضى دين الميت أو كفن الميت من مال نفسه أو اشترى الوارث الكبير طعاما أو كسوة للصغير من مال نفسه لا يكون متطوعا وكان له الرجوع فى مال الميت وكذا الوصى

لوادى خراج اليتيم أو عشره من مال نفسه لا يكون متطوعا ولو كفن الوصى الميت من مال نفسه قبل قوله فى ذلك ومنها وصى باع شيأ من مال اليتيم ثم طلب منه بأكثر مما باع فان القاضى يرجع الى أهل البصر ان أخبره اثنان من أهل البصر والامانة انه باع بقيمته وان قيمته ذلك فان القاضى لا يلتفت الى من يزيد وان كان فى المزايدة يشترى باكثر وفى السوق باقل لا ينتقض بيع الوصى لاجل تلك الزيادة بل يرجع الى أهل البصر والامانة فان اجتمع رجلان منهم على شئ يؤخذ بقولهما وهذا قول محمد وأما على قولهما فقول الواحد يكفى كما فى التزكية وعلى هذا قيم الوقف اذا آجر مستغل الوقف ثم جاء آخر يزيد فى الاجر ومنها وصى باع تركة الميت لانفاذ وصيته فجحد المشترى فحلفه الوصى فحلف والوصى يعلم انه كاذب فى يمينه فان القاضى يقول للوصى ان كنت صادقا فقد فسخت البيع بينهما فيجوز ذلك وان كان تعليقا بالخطر وانما يحتاج الى فسخ الحاكم لان الوصى لو عزم على ترك الخصومة كان فسخا بمنزلة الاقالة فيلزم الوصى كما لو تقايلا حقيقة فاذا فسخ القاضى لم يكن اقالة فلا يلزم الوصى (هذا) آخر ما من الله تعالى على بلطفه من شرح غرر الاحكام المسمى بدرر الحكام حيث وفقنى لجمعه وتحريره وعلى أحسن الصور لتصويره حاويا بالمهمات خلت عنها الكتب المشهورة وان كانت فى بعض المعتبرات مسطورة ولقد بذلت مجهودى فى التنقيح والتنقيح والتهذيب والتوضيح وتتبع أقوال الائمة الكرام واستطلاع آراء فضلاء الائمة العظام حتى عثرت على ما صدر عن بعض الافاضل من العثرات على مقتضى البشرية ووقفت على ما وقع من بعض الاماثل من زلات ليس نفس الانسان عنها عرية ولا عتب فان سائر العلوم بالنسبة الى هذا العلم كنسبة القطرة الى البحر المتلاطم الامواج لا يغوص على فرائده كل غواص ذوى فضلا عن الزجاج ولذا ترى العلماء المتأخرين مع كمالهم فى الفنون الآلية وتصنيفهم فيها كتبا معتبرة لم يحوموا حول هذا العلم ولم يصنفوا فيه ولو رسالة مختصرة وهذا العبد الفقير الى الله الغنى مع مطارحته معهم فى تصانيفهم فيما انتسبوا اليه ومعارضته اياهم فى مؤلفاتهم فيما اعتمدوا عليه بحيث قبلها علماء العصر وفضلاء الدهر امتاز عنهم بكتب هذا المتن اللطيف المشحون بالفوائد والشرح الشريف المملوء بالفرائد الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله وأعاننا عليه وما كنا نقدر عليه لولا أن أعاننا الله وليس الغرض الاصلى من هذه الكلمات التمدح بل الامتثال لما يفهم من قوله تعالى وأما بنعمة ربك فحدث وقد وقع الفراغ من تأليفه يوم السبت الثانى من جمادى الاولى سنة ثلاث وثمانين وثمانمائة وقد كان الابتداء فى يوم السبت الثانى عشر من ذى القعدة سنة سبع وسبعين وثمانمائة على يد أضعف عباد الله تعالى وأحوجهم الى رحمته مؤلف الكتاب محمد بن فرامرز بن على عاملهم الله تعالى بلطفه الخفى والجلى آمين

(قوله ومنها وصى باع تركة الميت لانفاذ وصيته فجحد المشترى) أى جحد الشراء كما ذكره قاضيخان (قوله فسخت البيع بينهما) عبارة القاضى بينكما (قوله فيلزم الوصى كما لو تقايلا حقيقة) أقول على هذا تكون الاقالة فسخا بالنظر اليهما بيعا جديدا فى حق ثالث هو اليتيم فيلزم الوصى الثمن والمبيع له فيفيد أن الوصى لا يملك الاقالة ٤٥٣ وفى العمادية خلافه قال فى صلح المبسوط وأما اقالته فتجوز لانها كالشراء وفى فتاوى الفضلى الوصى أو المتولى اذا باع شيأ بأكثر من قيمته ثم أقال البيع لا يصح وفى فوائد صاحب المحيط الوصى اذا اشترى شيأ للصغير ثم أقال ان كان فى الاقالة نظر لليتيم جاز والا فلا اه قلت فالذى يحمل عليه كلام الدرر على ما اذا لم يكن فى الاقالة نفع لليتيم واذا انتفى النفع يصير المبيع له ويضمن الثمن لليتيم فيكون بمنزلة شرائه مال اليتيم لنفسه بما فيه من الخير لليتيم وتفسير الخير ان يشترى ما يساوى عشرة بخمسة عشر فاكثر ويبيع منه مال نفسه ما يساوى خمسة عشر بعشرة فهو خير وبما فوقها والا وهذا يحفظ وبه يفتى والله أعلم (قوله هذا آخر ما من الله تعالى على بلطفه من شرح غرر الاحكام) كذلك أقول والحمد لله الذى وفقنى لجمع تحريره وتتبع مسائله وتصويره فتحلى به ما أبرزه من مبتكراته وتجلى به ما نقله من مقتنصاته جزى الله تعالى استاذى عنى خير الجزاء لارشادى لهذا الخير العظيم وتسطير هذه الفوائد بحلول نظره الكريم وانى لمقر بعز يد العجز عن الوصول لادنى درجات صاحب هذا التصنيف ومبتكر هذا التحرير والترصيف ولكن جرت عادة الله الكريم الجواد بخدمة الاحفاد للاجداد والوالد هو والد التربية فرتبته فائقة رتبة والد التبنية جمعنا الله وأصولنا وفروعنا وحواشينا ومحبينا بدار السلام ومتعنا بالمشاهدة لذاته فهى انعم الختام وأشرف الصلاة وأزكى السلام على سيدنا محمد وعلى جميع الانبياء والملائكة الكرام والصحابة والتابعين لهم بخير الى يوم القيام (وقد انتهى) تأليف هذه الحاشية المسماة بغنية ذوى الاحكام فى بغية درر الاحكام فى أواخر سنة ١٠٣٥ خمس وثلاثين وألف من الهجرة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة وأزكى السلام بيد مؤلفها الفقير الى لطف الله الجلى والخفى حسن بن عمار بن على الوفائى الشرنبلالى الحنفى غفر الله له ولوالديه والمسلمين أجمعين

﴿يقول مصححه الراجي غفر المساوي السيد حماد الفيومي الحماوي﴾

حمداً لمن زين عرائس قلوب المتفقهين بعقود درر الاحكام وأنار بسماء بصائر العارفين بكواكب شرائع الاسلام وصلاة وسلاماً على سيدنا محمد أفضل من بلغ عن الله وسن السنن وعلى آله وأصحابه التابعين بعده على أتم الوجوه بتأييد دينه القويم الحسن ﴿وبعد﴾ فقد تم بعونة مفيض سجال الاحسان والانعام طبع هذا الكتاب الجليل المسمى بدرر الحكام في شرح غرر الاحكام وهو اسم طابق مسماه ولفظ وافق معناه كيف لا وهو الكافل من مناهج مذهب الامام الاعظم ببيان المحجة الواضحة المشتمل على ما به الفتوى من الاقوال القوية الراجحة المحتوي على التحقيقات الفائقة البديعة والتقريرات الباهرة الرفيعة في سلاسة لفظ تفوق نظم اللآلي وملاحة تعبير يزدري ببدور المحاسن هلال فضلها المتلالي ورائق معنى تزهو بهجته عن صفاء اللجين وزاهر تحرير تزول بسلسبيله عن القلوب غياهب الرين ولا غرو فهو عزيز المثال ووحيد المنوال يشهد لمؤلفه برفعة الشان وهو على رسوخ قدمه في الاصول والفروع أرجح برهان وقد وشيت غرر حواشيه بحاشية العلامة الشرنبلالي المسفرة عما دق وراق من معانيه وقد سابقت أداهم اليراع في اتقان تصحيحهما على حسب الامكان حتى شهد لسان حالهما بأن ليس في الامكان أبدع مما كان ويقر منك باطلاعك عليهما عين الانصاف وترى ما يعدل بك في سبل الحق عن مذهب الاعتساف وكان تهذيب طبعه الفائق وتحسين شكله الرائق على ذمة الملاذ الافخم والهمام الاكرم ذي الفطنة والذكاء والعقل والدهاء المحترم الشيخ محمد رمضان كان الله له حيث كان بالمطبعة العامرة الشرفية التي مركزها في مصر خان ابي طاقيه أتم الله على مديرها ومنشيها سوابغ النعم

ولحظه بعين عنايته وأفاض عليه سجال الكرم وقد لاح بدر التمام

وفاح شذا عرف الختام في أوائل ذي القعدة الحرام من

عام ألف وثلاثمائة وأربعة من هجرة سيد الانام

واصل الله صلواته وسلامه عليه ما توالى

احسانه وعم البريات فضله

وامتنانه وعلى آله

وصحبه وتابعيه

وحزبه